تدرج القواعد القانونية

ومبادئ الشريعة الإسلامية



الدكتور
سامي جمال الدين
الاستاذ بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
والمحامى بالنقض والإدارية العليا والدستورية العليا



دار الجامعة الجديدة



٣٨ شارع سوتير - الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

تدرج القواعد القانونية

ومبادئ الشريعة الإسلامية

الدكتور

سامي جمال الدين

الاستاذ بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

والمحامي بالنقض والادارية العليا والدستورية العليا

2013

دار الجامعة الجديدة

٣٨–٤٠ ش سوتير – الأزاريطة – الإسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ ۖ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾

صدق الله العظيم

(سورة النساء – آية ٥٩)

مقدمة

إن انسانية الإنسان وعزته هى الشعاع الذى هدى ووجه خط سير التطور الهائل الذى قطعته البشرية نحو مثلها الأعلى... إن سيادة القانون ليست ضماناً مطلوباً لحرية الفرد فحسب، لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة فى نفس الوقت.

والواقع أن مبدأ المشروعية وسيادة القانون يمثل فى الوقت الراهن، قمة الضمانات الأساسية – الجدية والحاسمة – لحقوق وحريات الشعوب، إذ يبلور هذا المبدأ كافة ما استطاعت الشعوب أن تحرزه من مكاسب فى صراعها مع السلطات الحاكمة، لإجبارها على التنازل عن كل مظاهر الحكم المطلق، وذلك عبر أجيال متعاقبة مرت على الإنسانية حتى عصرنا الحالى، فبدون سيادة القانون سيحل ظلام الظلم.

ولذلك فقد غدا هذا المبدأ من المبادئ الأساسية لقيام الدولة القانونية، والمعول الرئيسى فى تمييزها عن الدولة البوليسية أو الاستبدادية، حيث تغدو السيادة للقانون، وليست لأشخاص الحكام أو لبعض التقاليد والأعراف المتوارثة، فالمجتمعات المتحضرة تقوم على قيم ومبادئ أساسية تتولى تثبيت دعائمها الضوابط القانونية سواء كانت تتعلق بالنشاط الخاص بالأفراد أو النشاط العام الإدارى أو الاجتماعى أو السياسى، ولذلك تسعى كل دولة فى العالم جاهدة لأن تكون دولة قانونية بمعنى الكلمة وذلك من خلال تجسيدها لضمانات رئيسية تحافظ على استقرار المجتمع وتماسكه عن طريق توفير العدالة والأمن والحرية عبر الإلتزام بالنظام والقواعد التى تحددها القواعد العليا الهادفة إلى إقامة التوازن بين الحريات المتعارضة والمصالح المتضاربة والحاجيات المتداخلة.

ولا ينفى ذلك أن القانون فى واقع الأمر، هو عمل إرادى من صنع السلطات العامة الحاكمة فى الدولة، فمن ناحية تخضع إرادة السلطات الحاكمة

للعديد من الاعتبارات والأسس التى تقيدها لدى إقرارها للقواعد القانونية، ومن ناحية أخرى فإنه بصدور القانون فإنه ينفصل عن إرادة من وضعه ويصبح قاعدة عامة مجردة تحكم سلوك كل من فى الدولة من أفراد وسلطات عامة بما فى ذلك من شارك فى إقرار هذه القاعدة.

فبمقتضى مبدأ المشروعية، فإن القانون وإن كان عملاً إرادياً، إلا أنه يسمو على إرادة جميع أفراد المجتمع والسلطات العامة فى الدولة مهما بلغ دورها فى وضعه أو إقراره أو إصداره.

ويكاد الفقه يجمع على أن مبدأ المشروعية يعنى "سيادة حكم القانون"[1] وهو فى الحقيقة تعريف مناسب لمبدأ المشروعية، خاصة وأن

---

(١) الأستاذ الدكتور محسن خليل: القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة – ١٩٦٨ – ص ٥.

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى: النظرية العامة للقرارات الإدارية – الطبعة الرابعة – ١٩٧٦ – ص ١٤.

الأستاذ الدكتور محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) – طبعة ١٩٧٠ – ص ١٦.

وقد انفرد الدكتور ثروت بدوى فى مقالته عن "الدولة القانونية" بمجلة إدارة قضايا الحكومة – السنة ٣ عدد ٣ ص ٢٨ : ٦٨ بالرأى فى التفرقة بين مبدأ "سيادة القانون" ومبدأ "خضوع الدولة للقانون"، وهذا الأخير يعنى فى نظره خضوع السلطات فى الدولة للقانون، وهو يعتبره مبدأ قانونياً قصد به صالح الأفراد وحماية حقوقهم ضد تحكم السلطة. وأنه باستهدافه خضوع جميع السلطات العامة للقانون وتقييد الإدارة على الأخص بالقانون واللوائح، يعد أكثر اتساعاً من مبدأ سيادة القانون الذى ينبع – حسب رأيه – عن فكرة سياسية تتعلق بتنظيم السلطات العامة فى الدولة وتهدف إلى وضع الجهاز التنفيذى فى مركز أدنى بالنسبة للجهاز التشريعى، وهو بذلك يعد ضيقاً لاستهدافه تقييد السلطة الإدارية فى الدولة فقط، وذلك بخضوعها للقوانين الشكلية، ومع ذلك فإن مبدأ سيادة القانون يعد أوسع نطاقاً من حيث أنه يشمل تقييد جميع أنواع أعمال الإدارة، بينما يستهدف مبدأ خضوع الدولة للقانون تقييد الإجراءات التى تمس مصالح الأفراد فقط، ومن ثم فإن المبدأ الأخير يصلح لكل أنظمة الحكم بما فيها النظم الديكتاتورية، على العكس من المبدأ الأول الذى لا يصلح إلا للنظم الديمقراطية (ص ٥٦).

المشرع الدستورى قد اعتنقه لأول مرة فى دستور ١٩٧١ فى مصر، حيث نصت المادة ٦٤ منه على أنه "سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة" ومن ثم أصبح مبدأ "سيادة القانون" مرادفاً لمبدأ "المشروعية"[(١)].

ومع ذلك فإنه يمكن التمييز بين المبدأين دون الإخلال بتكاملهما معاً نظراً للارتباط الوثيق بينهما، فمبدأ المشروعية يضمن شرعية الدولة وتولى السلطات العامة فيها لولاية كل منها، بينما يضمن مبدأ سيادة القانون قيام الدولة الدستورية أو القانونية وليست فقط الدولة الشرعية، وأهم ما يميز الدولة القانونية أنها تكفل حماية حقوق الإنسان والأقليات والمتفق عليها فى الدساتير والاتفاقيات الدولية، حيث تكون السلطة التشريعية ملزمة باحترام هذه الحقوق، لأن التشريع لا يمكن أن يعبر عن إرادة الأمة إلا فى حالة احترامه لحقوق الإنسان والأقليات فى ظل وجود جهاز قضائى مستقل ومحايد ونزيه، قادر على فرض الالتزام بالقواعد القانونية بغض النظر عن مدى اتفاقه مع هذه الحقوق،

---

(١) يكاد الفقه المصرى أن يجمع على استخدام اصطلاح "مبدأ المشروعية" وإن كان البعض يستعمل اصطلاح "مبدأ الشرعية" وهو الترجمة الحرفية للاصطلاح الفرنسى المقابل وهو Le principe de légalité دون أن يقصد بذلك تفضيل هذا الاصطلاح لأسباب موضوعية.
الأستاذ الدكتور محمد كامل ليلة: المرجع السابق – ص ١٦.
الأستاذ الدكتور محمد ميرغنى خيرى: مبدأ الشرعية وقضاء الإلغاء – ٧٤/ ١٩٧٥ – ص ٢.
وينتقد الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى هذا الاصطلاح (أى سيادة القانون) موضوعيا، ويفضل عليه تسمية "مبدأ سيطرة أحكام القانون" – راجع مقالته المصطلحات المقترح تعديلها فى ميدان القانون العام – مجلة العلوم الإدارية السنة ٧ عدد ٣ ص ٢٢٣ – العدد الخاص. وفى حين ينتقد الأستاذ الدكتور ماجد الحلو (القضاء الإدارى ١٩٨٥ ص ١٨ و١٩) اصطلاح "الشرعية" لما تعنيه كفكرة مثالية تحمل فى طياتها معنى العدالة وما يجب أن يكون عليه القانون، وهو مفهوم واسع للمصطلح، ومن ثم يفضله اصطلاح "المشروعية" الذى يفيد احترام قواعد القانون القائمة فعلاً، يذهب الدكتور كمال أبو العيد فى مقالته: الشرعية والمشروعية وحكم القانون – المحاماة السنة ٥٩ – عدد ٥ و٦ – ص ٦٥: ٧٥، إلى عكس ذلك تماماً حيث يؤيد ما ورد فى قاموس "Littre" من أن الشرعى هو ما يتفق مع التشريع أما المشروع فهو ما يتفق مع العدل.

مع ملاحظة أن هناك من الحقوق ما لا يسوغ المساس بها حتى فى حالات الطوارئ والأزمات والظروف الاستثنائية كالحق فى السلامة من التعذيب والمعاملة المهينة أو الحاطة بالكرامة الإنسانية، والاختفاء القسرى والقتل غير القضائى والاعتقال التعسفى.

وعليه فمن المستقر فى صدد تفسير مدى سيادة القانون، أن هذه السيادة تتحقق بخضوع كل من فى الدولة من حكام ومحكومين، سلطات عامة وأفراد، للقانون بحيث تكون تصرفاتهم الإيجابية والسلبية فى دائرة وحدود النظام القانونى المقرر فى الدولة.

ويشمل هذا النظام القانونى كافة القواعد القانونية النافذة والسارية أو المطبقة أياً كان مصدرها وشكلها، إذ تمثل هذه القواعد التى تشكل التنظيم القانونى للدولة، عناصر المشروعية، أى القواعد التى تتكون منها هذه المشروعية، بحيث يمكن القول أن مخالفة أى من هذه القواعد، مخالفة للمشروعية، أو فى قول آخر تعتبر غير مشروعة.

ويرى بعض الفقهاء بحق أن سيادة القانون لن تتحقق ما لم تفرض هذه السيادة على كافة السلطات فى الدولة، وأولاها السلطات التى تملك التشريع، وأن يقوم النظام كله على اعتراف وتسليم بأن هناك من المبادئ والقيم ما يستعصى على أية سلطة المساس بها فى جميع الظروف، لا فرق بين ظروف عادية أو استثنائية، وأن ما يخضع له المحكومون من قواعد هى تلك التى يضعها الشعب ونوابه المنتخبون انتخاباً صحيحاً[1].

ولا شك أنه صحيحاً ضرورة إخضاع الدولة بسلطاتها الثلاثة للقانون، بما فى ذلك السلطة التشريعية، حيث إنه لو تركت لواضعى القوانين الحرية الكاملة فى أن يحددوا وفق مشيئتهم مضمون القاعدة القانونية دون أى ضابط، لأدى ذلك إلى أن تكون سيادة القانون فرضاً للطاعة على المحكومين دون الحاكمين، فيتحقق الاستبداد باسم القانون وسيادته.

(١) الدكتور محمد عصفور: فى الحرية والسلطة .... سيادة القانون ... الصراع بين القانون والسلطة فى الشرق والغرب – ١٩٦٧ – ص ١٠١ وما بعدها.

كما أنه صحيحاً وجود مبادئ وقيم لا يجوز لأية سلطة فى الدولة المساس بها فى جميع الظروف، بمعنى أن تتقيد بها سلطات الحكم كلها أمام الأفراد، وهذه المبادئ وتلك القيم إنما تتمثل – فى تقديرنا – فى المبادئ العامة للقانون، وهى من عناصر مبدأ المشروعية التى يعترف بها الفقه والقضاء الفرنسى والمصرى بأجمعه مع اختلاف بينهم حول قوتها القانونية(١)، والتى تضم، كما سنبين فيما بعد، قواعد الشريعة الإسلامية بين ما تضمه من قواعد قانونية وذلك بالنسبة إلى مصر، ولذلك فإننا نرى أن هذا العنصر يندمج فى سابقه الذى يتعلق بخضوع سلطات الدولة للقانون بمعناه الواسع الذى يشمل تلك المبادئ العامة للقانون.

غير أننا لا نوافق على ما خلص إليه هذا الرأى من أن ما يخضع له المحكومين من قواعد قانونية هى فقط تلك القواعد التى يضعها الشعب ونوابه، أو بمعنى أدق القوانين التى يقرها البرلمان، وهو ما يؤدى على استبعاد العرف من عناصر المشروعية إلى جانب إخراج اللوائح التى تصدرها السلطة الإدارية من نطاق القواعد القانونية(٢)، حيث أنها لم توضع بواسطة "الشعب أو نوابه المنتخبون انتخاباً صحيحاً"، وذلك رغم تماثل القانون واللائحة فى كونهما

---

(١) وتؤكد المحكمة الدستورية العليا فى مصر على ذلك بوصفها عديد من الحقوق والحريات بأنها من "الحقوق التى يعتبر التسليم بها فى الدول الديمقراطية مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان، بما مؤداه وفقاً لمبدأ خضوع الدولة للقانون عدم جواز أن تخل تشريعات الدولة بهذه الحقوق" -- أحكامها فى ١٩٩٢/١/٤ القضية ٢٢ لسنة ٨ق. دستورية، وفى ١٩٩٥/٨/٥ القضية ٨ لسنة ١٦ ق. دستورية، وفى ٢٠٠٠/٦/٣ القضية ٢١ لسنة ٢٠ق. دستورية.

(2) EISENMANN, Le droit administrative et le principe de légalité, E. D. C. E. 1957. 26.
DUBISSION, La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, thése, Paris 1958, p. 36.
وهم ممن دافعوا عن هذا الرأى. وللمزيد من التفاصيل أنظر كذلك:
الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية – رسالة القاهرة ١٩٧١ ص ١٢٧ – ١٢٩. الدكتور كمال أبو العيد: مصادر الشرعية – مجلة المحاماة السنة ٥٩ – ١٩٧٩ عدد ١، ٢ ص ٤٠٠.

قواعد عامة مجردة ملزمة للمخاطبين بأحكامهما،وحيث أن الفارق الوحيد بينهما إنما يترتب على صفة مصدر كل منهما، مما يجعل القانون أسمى من اللائحة من حيث المرتبة الإلزامية.

ومن ناحية أخرى، فإن مقتضى هذا الرأى إخراج المبادئ العامة للقانون أيضاً بما تضمه من قواعد الشريعة الإسلامية فى مصر، من نطاق القواعد القانونية، لأنها لم توضع من قبل الشعب أو نوابه، وذلك على خلاف المستقر فقهاً وقضاءً من اعتبارها أحد مصادر القانون الرسمية.

وعليه فإننا نرى إسقاط هذا العنصر الذى يعود بنا مرة أخرى إلى الفكر الذى ساد فى مطلع الثورة الفرنسية، حيث كان القانون – بمعناه الضيق – هو التعبير الوحيد عن الإرادة العامة ومن ثم فإنه لا يخضع لأية رقابة، وهو الأمر الذى يمثل أشد الخطر على حريات الأفراد ويتيح الفرصة كاملة لاستبداد الإدارة وتعسفها، مما يحقق عكس المبتغى من مبدأ المشروعية تماماً.

والواقع أن القانون بمعناه الواسع، هو فى جوهره تعبير عن إرادة الدولة، فهذه الإرادة – دون غيرها – تمثل المصدر الوحيد الرسمى للقواعد القانونية، ولكن الدولة لا تعبر عن إرادتها بأسلوب واحد بعينه، وإنما تختلف طرق التعبير عن إرادة الدولة باختلاف السلطة العامة الموكول إليها التعبير عن هذه الإرادة، ومن هنا تتعدد مصادر القواعد القانونية بتعدد السلطات العامة التى تعبر عن إرادة الدولة.

وإذ لا يقتصر انشاء القواعد القانونية على سلطة أو هيئة عامة واحدة فى الدولة، فإنه يكون محتملاً وقوع التعارض أو التناقض بين هذه القواعد، ومن ثم التنازع بين السلطات أو الهيئات التى تولت تقريرها.

ولذلك بدت ضرورة التوصل إلى قاعدة ما تحقق فى آن واحد الترابط بين كافة القواعد القانونية التى يتكون منها التنظيم القانونى للدولة، وحل إشكالات واحتمالات وقوع التعارض أو التناقض فيما بين هذه القواعد،

ضرورة حتمية. وقد تحقق ذلك فعلاً عن طريق تقرير قاعدة "تدرج القواعد القانونية"، وهى من أهم القواعد أو المبادئ التى أسفر عنها الأخذ بمبدأ المشروعية فى الدول القانونية.

وعليه يلزم علينا فى بداية هذا البحث أن نحدد أولاً مصادر القواعد القانونية ومدلول تدرج هذه القواعد ومضمونه وأسسه، وهو ما نعالجه فى المبحث التمهيدى التالى.

المبحث التمهيدى
مصادر القاعدة القانونية ومدلول تدرجها

أولاً – مصادر القاعدة القانونية:

يتجه الرأى الراجح فقهاً إلى أن القاعدة القانونية لها – على الأقل – مصدران[1]:

١- مصدر مادى أو موضوعى ويقصد به الحقائق الموضوعية التى تقدم جوهر القاعدة القانونية ومادتها الأولية، وهى قد تكون حقائق

---

(١) راجع فى ذلك:
الأستاذ الدكتور حسن كيرة: أصول القانون – الطبعة الثانية – ١٩٦٠ – ص ١٧٢ وما بعدها.
الأستاذ الدكتور توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية – ١٩٧٦ – ص ١٨٤ وما بعدها.
الأستاذ الدكتور مصطفى محمد الجمال: النظرية العامة للقانون – الطبعة الثانية – ١٩٨٣ – ص ١٤٨.
الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى: المدخل للعلوم القانونية – ١٩٦٠ – ص ١٥٦ وما بعدها.
وعلى خلاف ذلك راجع الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون – ١٩٨٥ – ص ٢٣٧، حيث يذهب إلى أن اصطلاح المصدر ليس له إلا معنى واحد وهو المصدر الرسمى أى السبب المنشئ للقاعدة القانونية كالتشريع والعرف والقضاء، أما المعانى الأخرى التى استخدم فيها اصطلاح المصدر فهى معان غير معبرة عن هذا الاصطلاح ويؤدى استخدامه فى التعبير عنها إلى خلط لا مبرر له، ومن ذلك اصطلاح المصدر الموضوعى أو المادى للقاعدة القانونية، فهو يؤدى إلى الخلط بين المصدر والمضمون، وهو ما يتحقق بصدد اصطلاح المصدر التاريخى الذى يندرج ضمن المصادر الموضوعية، وكذلك اصطلاح المصدر التفسيرى، حيث أن التفسير يرد على قاعدة سبق وجودها فى حين أن المصدر يتعلق بالخلق والإنشاء.
والواقع أننا لا نجد فى استخدام اصطلاح "المصدر" لأكثر من معنى أى وجه للنقد، فالمصدر الرسمى هو مصدر الإلزام فى القاعدة القانونية، والمصدر الموضوعى هو مصدر مضمون هذه القاعدة، أما السبب المنشئ للقاعدة القانونية فهو مجموعة الوقائع التى تعبر عن حاجة أفراد المجتمع لتنظيم معين، ومن ثم تدفع المشرع – أو الأفراد عن طريق العرف – إلى التدخل بوضع القاعدة القانونية الملائمة لمواجهة هذه الوقائع وتنظيم الموضوع وسد حاجة الأفراد إلى مثل هذا التنظيم، وهو أمر لا ينطبق عليه – فى تقديرنا – اصطلاح المصدر الرسمى.

تاريخية أو اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو ثقافية أو دينية ... وغير ذلك من الحقائق التى تكون مضمون أو موضوع القاعدة.

٢- مصدر رسمى وهو الذى يحدد شكل القاعدة القانونية ويضفى عليها صفة الوضعية أو الشرعية، ومن ثم يصبغ على القاعدة قوة الإلزام.

ويمكن القول بأن المصادر الرسمية للقواعد القانونية فى مصر تتمثل أولاً فى التشريع، ثم فى العرف، وأخيراً القضاء أو بالأحرى المبادئ العامة للقانون التى يستنبطها القضاء ويقررها فى أحكامه.

والحقيقة أن التشريع أو العرف أو القضاء لا يؤدى إلى خلق القاعدة القانونية من العدم، فالقانون إنما يتكون من بعض الحقائق والمعطيات التى تشكل المادة الأولية للقاعدة القانونية، ولكن القانون لا يخرج إلى عالم الوجود بمجرد تكوين مادته الأولية[1]، إذ يلزم أن تصاغ هذه المادة الأولية فى شكل قواعد قانونية قابلة للتطبيق العملى، وهنا يبدأ دور مصادر القانون الرسمية من تشريع أو عرف أو قضاء حيث تتحول المادة الأولية للقانون إلى قواعد قانونية وضعية، وهو ما يؤدى إلى خلق القواعد القانونية بالمعنى الفنى الدقيق.

والتشريع هو المصدر الرسمى الأول للقانون فى مصر، حيث يتضمن معظم القواعد القانونية التى يتكون منها النظام القانونى فى المجتمع، والتى تصدر عن سلطة عامة مختصة بإصدار التشريع، هى السلطة التشريعية (البرلمان) عادةً، ومع ذلك فإن هناك سلطات أخرى تختص كذلك بإصدار بعض التشريعات. فالدستور وهو التشريع الأساسى فى الدولة إنما يصدر عن السلطة التأسيسية، واللوائح وهى فى جوهرها تشريعات إنما تصدر عن السلطة

---

(١) استخدم اصطلاح "الحقائق" أو "المعطيات" أى "Donnés" بالفرنسية، الفقيه "جينى" للدلالة على المصادر الموضوعية للقانون أى تلك التى تقدم المادة الأولية للقواعد القانونية.

F. GENY, Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1924, Sirey, T. 2, p. 351 et s.

التنفيذية بوصفها – أى اللوائح – من القرارات الإدارية التى تختص تلك السلطة بإصدارها.

والخصيصة البارزة التى تميز التشريع عن غيره من المصادر الأخرى للقانون، هي صدور التشريع فى وثيقة مكتوبة يطلق عليها فقهاً التقنين، وهو الأمر الذى يحقق للتشريع مزايا كثيرة تجعله يتفوق على غيره من مصادر القانون وخاصة العرف[1].

فالعرف قانون غير مكتوب أو بمعنى أدق لم يشرع فى وثيقة مكتوبة بصورة رسمية، إذ انه من المتصور كتابة العرف بعد نشأته، سواء فى الأحكام القضائية التى تقره وتطبقه، أو فى المؤلفات الفقهية التى تشير إليه أو تحرص على تجميع ما يوجد منه ومع ذلك فإنه لا يعد مقنناً.

أما القضاء فالأصل أن وظيفته الأصلية تطبيق القانون وليس إنشائه، فالقاضى عليه بحكم وظيفته أن يتحقق أولاً من وجود القاعدة القانونية الوضعية أياً كان مصدرها ثم يطبقها بعد ذلك. وعندما يحاول القاضى العلم بالقانون فإنه لا يخلق هذا القانون، بل على العكس من ذلك فإن محاولة العلم بالقاعدة القانونية هو فى ذاته تسليم بوجودها واعتراف بقوتها الملزمة فى مواجهة القاضى الذى يقوم بتطبيقها.

غير أنه لما كان من المسلم به أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملاً لا يشوبه أى نقص، بحيث يقدم لكل نزاع يعرض أمام القضاء الحل القانونى الواجب الاتباع، بل لابد أن يشوبه النقص حتماً، كنتيجة طبيعية للنقص الكامن فى طبيعة الإنسان، حيث أن التشريع ليس سوى عمل إنسانى مشوب بالقصور بطبيعته، فإنه من المستقر عليه أن للقاضى أن يكمل النقص فى التشريع والتوصل إلى الحل القانونى الواجب التطبيق على ضوء نفس الأفكار التى كان المشرع سيراعيها لو أنه تصرف بنفسه لحل النزاع.

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية – ١٩٦٧ – ص ١١٦ وما بعدها.

ومع ذلك فإن القاضى فى مثل هذه الأحوال لا يخلق هذا الحل العادل للنزاع، وإنما يستوحيه من المبادئ العامة التى يكشف عنها أو يكتشفها، ومن ثم فإن تكرار الأخذ بهذا الحل فى المنازعات المتشابهة من شأنه أن يخلق قاعدة قانونية قضائية(١)، تتمثل فى القاعدة أو المبدأ الذى اكتشفه أو كشف عنه وتم تطبيقه فى الحكم الأول.

ومن هنا يمكن القول بأن القضاء – فى مجموعه وليس كأحد الأحكام بالذات – هو أحد مصادر القانون الرسمية، بما يقرره من مبادئ عامة للقانون، يكشف عنها فى أحكامه، وهو فى هذا الصدد مصدر رسمى من مصادر القانون الأصلية كالتشريع والعرف، أى أنه مصدر مستقل لا يختلط لا بالتشريع ولا بالعرف(٢).

ثانياً: مدلول تدرج القواعد القانونية:

أوضحنا سلفاً أن مقتضى مبدأ المشروعية احترام كل من فى الدولة من أفراد وسلطات عامة أحكام القانون بمعناه الواسع الذى يشمل كافة القواعد القانونية التى يضمها التنظيم القانونى للدولة.

واحترام الأفراد للقانون بكافة قواعده، أمر تكفله السلطة العامة المختصة بما تملكه من وسائل قانونية مقررة لكل فروع هذه السلطات، ومن ثم يبقى السؤال حول مدى احترام السلطات العامة نفسها لأحكام القانون، وكيفية ضمان التزامها بتلك الأحكام. وإذ تتولى فروع هذه السلطة العامة – فى معظم الدول – وضع القواعد القانونية فى مختلف صورها، فإنه تثور مشكلة تحديد القواعد القانونية التى تلتزم كل سلطة عامة باحترامها وهى بصدد تقرير القواعد القانونية أو التصرف بمقتضاها، حتى تكون هذه التصرفات متفقة مع مبدأ المشروعية، وحتى يتحقق فعلاً خضوع هذه السلطات العامة لأحكام القانون.

---

(١) الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق – ص ٥٠٢.
(٢) الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق- ص ٥٠٩.

ولذلك فإنه تأسيساً على مقتضيات مبدأ المشروعية، ولكفالة احترام السلطات العامة للقانون والالتزام بأحكامه، استقر الأمر على ضرورة ترتيب القواعد القانونية التى تكون عناصر المشروعية فى مراتب إلزامية متعددة متتالية، بحيث تعلو بعضها على البعض الآخر، فى تدرج يشمل كافة هذه القواعد القانونية التى تمثل التنظيم القانونى للدولة، فتخضع القاعدة الأدنى مرتبة للقاعدة الأعلى منها مرتبة فلا تستطيع مخالفتها وإلا غدت غير مشروعة.

وعليه فإن تدرج القواعد القانونية إنما يعنى أن بعض هذه القواعد يتمتع بقوة إلزامية أعلى مما تتمتع به القواعد الأخرى التى تليها فى المرتبة، وبالتالى يجب على كل سلطة عامة عند قيامها بإنشاء القواعد القانونية، أن تراعى أحكام القواعد القانونية الأعلى، حيث لا يجوز للقاعدة الأدنى مرتبة تعديل أو الغاء القاعدة الأعلى مرتبة وإلا كانت مخالفة للمشروعية، فإذا تعارضت بعض هذه القواعد القانونية فيما بينها فإنه يمكن تغليب القاعدة القانونية الأعلى مرتبة.

ويرى الفقه أن تدرج القواعد القانونية هو أحد مقومات الدولة القانونية، حيث لا يمكن تصور النظام القانونى للدولة القانونية بدون هذا التدرج الذى يظهر فى سمو بعض القواعد القانونية على بعض، وتبعية بعضها للبعض الآخر، وهو ما يستلزم بالضرورة خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأسمى شكلاً وموضوعاً، فأما خضوعها شكلاً فبصدورها من السلطة التى حددتها القاعدة الأسمى وبإتباع الإجراءات التى بينتها، وأما خضوعها موضوعاً فذلك بأن تكون متفقة فى مضمونها مع مضمون القاعدة الأعلى[1]، إذ لا يصح أن

(١) الأستاذ الدكتور طعيمه الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون – الطبعة ٣ – ١٩٧٦ – ص ٦٢ وما بعدها.
الأستاذ الدكتور ثروت بدوى: الدولة القانونية – مجلة إدارة قضايا الحكومة – السنة ٣ عدد ٣ ص ٦٢.
الدكتور منير حميد البياتى: الدولة القانونية والنظام السياسى الإسلامى – جامعة بغداد – ٧٧/ ١٩٧٨ – ص ٤٢.

تتعارض قاعدة قانونية دنيا مع أخرى تعلوها فى مرتبة التدرج حتى لا يحدث خلل فى انسجام البناء القانونى للدولة[1].

وفى تقدير بعض الفقهاء[2] أن المدرسة النمساوية وعلى رأسها "هانز كلسن" كان لها الفضل فى استخلاص مبدأ تدرج القواعد القانونية، حيث تقوم نظريته الشهيرة فى القانون على أساس وحدة النظام القانونى فى تدرج هرمى بحيث تتخذ القواعد القانونية فى البناء القانونى شكل طبقات أو درجات بعضها فوق بعض، وتتماسك هذه الدرجات فيما بينها نظراً لأن صحة القواعد الموجودة فى كل طابق فيها تعتمد على القواعد الموجودة فى الطابق الأعلى، بمعنى أن القاعدة القانونية تستمد أساس وجودها وصحتها من القاعدة القانونية التى تعلوها والتى أنشأتها فى ذات الوقت، ومن ثم فإن الصلة بين القاعدة القانونية وتلك التى أنشأتها هى صلة تدرج وتبعية[3].

بيد أنه يلزم ملاحظة أن نظرية "كلسن" فى التدرج لا تقتصر على القواعد القانونية، وإنما هى شاملة لكافة الأعمال القانونية سواء ما كان منها من القواعد العامة المجردة أو كانت من الأعمال القانونية الفردية كالقرارات

---

(١) الأستاذ الدكتور محمد كامل ليلة: المرجع السابق – ص ٢٢.

(٢) الأستاذ الدكتور ثروت بدوى: النظم السياسية – ١٩٦١ – ص ١٧٦، ١٧٧.
الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين – ١٩٦٠ – ص ٤١.

(٣) يطلق على هذه النظرية اسم "النظرية الخالصة للقانون" وقد وضعها أستاذ فلسفة القانون الفقيه "هانز كلسن" وطبعها للمرة الأولى فى جنيف عام ١٩٣٤، ثم أعاد طبعها عام ١٩٦٠ فى كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية أثناء عمله فى ذلك الوقت أستاذاً بجامعة "بركلى" بتلك الولاية، وقد ترجمها إلى الفرنسية بعد ذلك الفقيه الفرنسى "شارل ايزنمان" عام ١٩٦٢ فى باريس.
راجع فى ذلك:
KELSEN (H), Théorie pure du droit, Traduit par Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.
وفى رأى كلسن أن القانون هو الدولة والدولة هى القانون، وهو ليس تعبيراً عن إرادتها وهى ليست صانعة القانون لأن القانون مجموعة إرادات على شكل هرمى، فالقانون نظام هرمى كل قاعدة فيه تستمد شرعيتها وفعاليتها من القاعدة الأعلى منها.

الإدارية الفردية والأحكام القضائية والعقود المبرمة بين الأفراد. ولذلك يؤخذ على نظرية "كلسن" أنها تخلط بين القواعد القانونية والالتزامات القانونية، كما أنها تدخل القواعد القانونية العامة مع التطبيقات الخاصة في بناء واحد.

فمن ناحية، يصعب التسليم بأن مصادر الالتزام هي مصادر للقانون في نفس الوقت، وإلا لأمكن اعتبار العمل غير المشروع الذي يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير، مصدراً من مصادر القانون. ومن ناحية أخرى، فإنه من غير المقبول إدخال القواعد القانونية العامة مع التطبيقات الخاصة في بناء واحد، فالفارق بين القاعدة والتطبيق ليس فارقاً في الدرجة فحسب ولكنه فارق في الطبيعة أيضاً. وعليه يصعب اعتبار القواعد القانونية الفردية والالتزامات الخاصة جزء من القوانين، لأن هذه القواعد الفردية وتلك الالتزامات الخاصة تختلف من حيث الطبيعة عن القانون الذي يتمثل أساساً في مجموعة من القواعد العامة المجردة[1].

ولذلك يلزم علينا أن نشير إلى أن "تدرج الأعمال القانونية" هو أمر أكثر اتساعاً وشمولاً من "تدرج القواعد القانونية" الذي تقتصر عليه دراستنا، حيث يتسع المبدأ الأول ليشمل كافة الأعمال القانونية أي تلك التي يترتب عليها آثار قانونية بغض النظر عن مدى عموميتها. في حين أن "تدرج القواعد القانونية" يقتصر فحسب على تحديد مراتب القواعد العامة المجردة، وبالتالي تخرج من دائرتها القرارات الإدارية الفردية والأحكام القضائية والاتفاقيات الدولية – حيث أن معظمها تتعلق بحالات فردية – والعقود، لأن الطابع المميز لكل هذه التصرفات هو الخصوصية المتصلة بحالة محددة بالذات.

ومن ناحية أخرى فإن "تدرج القواعد القانونية" يتسع ليشمل كافة القواعد القانونية العامة المجردة سواء ما كان منها مدوناً أي التشريعات، أو ما كان غير مدون أو بالأحرى غير مشرع أو غير مقنن مثل القواعد العرفية

---

(١) راجع أوجه النقد الموجهة إلى نظرية "كلسن" في القانون بصفة عامة الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق – ص ٢٠ وما بعدها.

والمبادئ العامة للقانون، وبذلك يكون مبدأ "تدرج القواعد القانونية" أكثر اتساعاً من مبدأ "تدرج التشريعات" أو تدرج النصوص التشريعية حيث يستغرق المبدأ الأول هذا المبدأ الأخير إلى جانب القواعد القانونية الأخرى غير المشرعة أو غير المقننة.

ثالثاً: مضمون تدرج القواعد القانونية وأسسه:

من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن القواعد القانونية المدونة أى التشريعات تتدرج فيما بينها بحيث تحتل القمة القواعد الدستورية، وتليها القواعد التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية، وأخيراً القواعد اللائحية التى تضعها السلطة التنفيذية. أما بصدد القواعد القانونية غير المدونة أو غير المشرعة، فإن الخلاف الفقهى بشأن مرتبتها ما زال قائماً على نحو ما سندرسه فيما بعد.

والأساس الذى يرجع إليه الترتيب المشار إليه – بصدد التشريعات على وجه الخصوص – هو المعيار الشكلى أو بالأحرى العضوى، ولذلك فإن التدرج يعنى فى الحقيقة التدرج الشكلى للقواعد القانونية، أما المعيار الموضوعى، فليس له أى دور فى هذا الصدد. ومن ناحية أخرى فإن تدرج القواعد القانونية إنما ينحصر أساساً فى تدرج القوة القانونية أو بالأدق المرتبة الإلزامية لتلك القواعد القانونية، بغض النظر تماماً عن الطبيعة القانونية لهذه القواعد.

ومن هنا يمكن القول أن تدرج القواعد القانونية هو تدرج شكلى من ناحية، وهو تدرج للمرتبة الإلزامية للقواعد القانونية من ناحية أخرى.

١- التدرج الشكلى للقواعد القانونية:

يرتكز التدرج الشكلى للقواعد القانونية على مرتبة السلطة التى أصدرت القاعدة القانونية والإجراءات المتبعة لذلك، فالقاعدة الصادرة من سلطة اعلى فى ميدان التشريع تعتبر أسمى مرتبة من تلك التى صدرت عن سلطة أدنى، فإذا صدرت القاعدتان عن نفس السلطة كانت الإجراءات المتبعة

فى إصدارهما هى المرجح بينهما، فتعتبر القاعدة التى تصدر وفقاً لإجراءات أشد، أعلى مرتبة من تلك التى لا تتطلب لإصدارها سوى إجراءات عادية، أو لا تتطلب بشأنها أية إجراءات(١).

ولما كانت السلطة التأسيسية أعلى مرتبة من السلطات المؤسسة، باعتبارها هى المنشئة لها، وكانت السلطة التشريعية أعلى من السلطة التنفيذية فى مجال التشريع، على أساس أن السلطة التشريعية هى المختصة أصلاً بوظيفة التشريع فى حين أن السلطة التنفيذية تختص بذلك استثناء، فإن الدستور يعلو القانون الذى يسنه البرلمان، وتعلو القوانين على اللوائح الصادرة من الإدارة.

ومن ناحية أخرى، فإن الهيئات والمصالح الإدارية تتدرج فيما بينها فى شكل سلم إدارى، وتبعاً لذلك تتدرج أعمال هذه الهيئات حسب مرتبة كل هيئة أو مصلحة داخل السلطة التنفيذية.

أما من حيث الإجراءات، فمن الملاحظ فى بعض الدساتير مثل الدستور الفرنسى الحالى أن بعض القوانين يلزم لإقرارها أغلبية خاصة وإجراءات أشد تختلف عن إجراءات سن القوانين الأخرى، ففى هذه الحالة تعتبر القوانين الأولى، وتسمى فى فرنسا بالقوانين الأساسية، أسمى مرتبة من القوانين العادية(٢).

وليس من الجائز القول بتدرج القواعد القانونية تدرجاً موضوعياً، بحيث يتأسس هذا التدرج على موضوع القاعدة ومحتواها، بغض النظر عن السلطة التى أصدرتها أو الإجراءات التى اتبعت فى شأنها، إذ لا يترتب على اختلاف موضوع القاعدة أو محتواها أو كونها قاعدة شاملة أو إقليمية أو طائفية

---

(١) حكم للمحكمة الإدارية العليا فى ١٩٥٨/٧/١٢ قضية ٩٢٩ لسنة ٣ق، المجموعة السنة ٣ رقم ١٧٣ ص ١٦٩١.

(٢) راجع فى تفاصيل ذلك رسالتنا للدكتوراه: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة اللائحية ١٩٨١ – كلية الحقوق الإسكندرية – ص ١٣٢ وكذلك مؤلفنا: اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة القضائية – ١٩٨٢ – ص ١٤٠ وما بعدها.

أو مهنية سوى الاختلاف فى نطاق تطبيق القاعدة القانونية، ولذلك فإن التدرج الموضوعى وإن كان له دور محدد بصدد تدرج الأعمال القانونية فى الدولة، إلا أنه منعدم الأثر بالنسبة لتدرج القواعد القانونية، فهذا الأخير هو تدرج شكلى بحت حيث لا تختلف القواعد القانونية من حيث عموميتها وتجريدها.

وعليه فإن المعيار الموضوعى يقتصر دوره على تحديد تدرج الأعمال – وليست القواعد – القانونية فى الدولة، حيث يمكن الالتجاء إليه فى حالة فشل المعيار الشكلى فى تحديد مرتبة العمل، كما هو الحال بصدد تحديد مرتبة الأعمال الإدارية الفردية واللائحية، وكلاهما صادر عن السلطة الإدارية وبإجراءات متماثلة فى كثير من الحالات، ولذلك يتحتم التمييز بينهما وتحديد مرتبتهما الإلزامية وفقاً للمعيار الموضوعى، فتكون الأعمال الإدارية التى تتضمن قرارات فردية أدنى مرتبة من تلك التى تتضمن قواعد قانونية عامة، أى اللوائح، ومن ثم تعتبر القرارات الإدارية الفردية المخالفة للقواعد اللائحية باطلة لعدم مشروعيتها حتى ولو كانت القرارات الفردية صادرة عن هيئة إدارية أعلى درجة من الهيئة الإدارية المصدرة للائحة(١).

ومع ذلك فإنه يلزم ملاحظة أنه قد توجد قرارات إدارية فردية تتمتع بمرتبة أعلى من اللائحة الإدارية العادية مثل اللوائح التنفيذية أو لوائح الضبط، وهو ما يتحقق بالنسبة إلى تدابير الضرورة ذات الطابع الفردى، والتى تصدر استناداً إلى قانون الطوارئ، فهذه القرارات – كما سنوضح فيما بعد – تتمتع بقوة القانون وفقاً لنصوص الدستور أو تأسيساً على نظرية الضرورة القضائية.

---

(١) المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٥٥/١١/٥ قضية ١٥٩ لسنة ١ق، المجموعة السنة ١ رقم ٧ ص ٤١.
وعلى خلاف رأينا يتجه الدكتور محمود حلمى فى مقالته: تدرج القواعد القانونية – مجلة العلوم الإدارية – العدد الأول – سنة ١٩٦٣ ص ١٩٢، إلى القول بوجود تدرج للقواعد القانونية من الناحية الموضوعية يتمثل فى اعتبار القاعدة الأدنى محددة للقاعدة الاعلى بحيث تعتبر تنفيذاً لها وأن تعتبر القاعدة الأعلى إطاراً خارجاً للأدنى، وفى تقديرنا أن هذا المفهوم لا يعنى التدرج الموضوعى للقواعد القانونية وإنما هو من نتائج أو مقتضيات التدرج.

غير أنه يلزم علينا أن نشير فى هذا الصدد إلى وجود "أعمال واقعية" ترتدى ثوب الأعمال القانونية، مثل الوثائق التى تسمى باصطلاح "الإعلان الدستورى" والتى تصدر عادة بعد قيام ثورة أو انقلاب على نظام الحكم القائم ونجاح القائمين عليها فى إنهاء حكم السلطة القائمة، وفى تقديرنا أن هذه الوثائق ليست دستوراً بالمعنى الفنى الدقيق لأنها ليست تعبيراً عن إرادة السلطة التأسيسية الحقيقية، وإنما هى تعبير عن السلطة الجديدة التى تحوز فى الغالب جميع السلطات التأسيسية والتنفيذية والتشريعية، وتتدخل كذلك فى أعمال السلطة القضائية بإنشاء محاكم استثنائية للفصل فى بعض القضايا ذات الطابع السياسى دون التزام بالقوانين والإجراءات الجنائية.

ولذلك فإننا نرى أن الثورة أو الإنقلاب وهما بطبيعتهما من الأعمال المادية أو الواقعية، لا يمكن أن ترتب أية آثار قانونية نلزم بالإعتداد بها، صحيح أن الواقع قد يكون، بل والغالب أن يكون، أقوى من القانون فى مثل هذه الحالات، ولكننا هنا نرفض الخلط بين الأعمال التى يقوم بها رجال الثورة أو الإنقلاب بالمخالفة للقوانين كأعمال مادية أو سياسية، وبين الأعمال القانونية التى يسعى هؤلاء الرجال إلى التستر خلفها والتخفى فى ثوبها، لتبرير أعمالهم، وهى أصلاً غير مبررة، تحت رداء القانون والمشروعية، إذ يحق لنا أن نرى أن مجرد البدء فى المساس بالدستور والشرعية الدستورية من جانبهم، يؤدى إلى تحول الدولة من مصاف الدول القانونية والدستورية، إلى قائمة الدول الإستبدادية البوليسية، ومن ثم فإن الحديث عن أثر هذه الثورة أو الإنقلاب على الدستور، أو محاولة التضييق من آثار الثورة على النظم القائمة، أو محاولة تبريرها تحت شعارات الشرعية الثورية، هو عبث لا طائل من ورائه، ولن تنال الشعوب منه سوى الديكتاتورية والفاشية والنازية، وإن تخفت تحت مزاعم الديمقراطية الشعبية، ومن المؤلم أن نجد بعض الفقهاء يتلمسون فى القانون، وقد قصد به البناء والتنظيم وحماية الحقوق والحريات، أسساً لفكرة هدامة تقوم على تدمير النظام وهدم الدولة وتفكيك أوصال المجتمع وترفع الفوضى راية لها، بما يجافى العقل والمنطق ويصدمه تماماً، وعلى هذا الأساس فإننا لا نرى

للثورة أو الإنقلاب أى أثر على الدستور القائم، وكل عمل يصدر بالمخالفة له هو مجرد عمل مادى مخالف للشرعية الدستورية، يتعين محاسبة من قام به ولو آجلاً، مهما طال الزمن، حيث بات الإعتداء على الحقوق والحريات جريمة لا تسقط بالتقادم، وعليه فإننا فى نطاق هذا البحث لن نعتد بالإعلانات الدستورية إلا إذا اقتضت الدراسة ذلك.

٢- تدرج المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية:

أشرنا سلفاً إلى أن تدرج القواعد القانونية إنما يعنى أن بعض هذه القواعد يتمتع بقوة إلزامية أعلى مما تتمتع به القواعد الأخرى التى تليها فى المرتبة. والواقع أن مظاهر التدرج تقتصر حقاً على القوة القانونية للقاعدة أو قوتها الإلزامية أو مرتبتها الإلزامية وكلها اصطلاحات تدل على معنى واحد، ولكنها – أى القوة الإلزامية – تختلف تماماً عن الطبيعة القانونية للقاعدة.

فبالرغم من أن القوة الإلزامية للعمل ترتبط كقاعدة عامة بطبيعته القانونية، إلا أنهما لا يتلازمان حتماً، إذ يستطيع المشرع الدستورى أن يعدل من القوة العادية للعمل التى تتحدد على ضوء طبيعته القانونية، كاستثناء من هذه القاعدة العامة نتيجة ظروف واعتبارات معينة يقدرها لذلك.

فالأصل أنه فى ظل مبدأ المشروعية، فإن القواعد القانونية العامة تنقسم من حيث قوتها الإلزامية إلى قواعد لها قوة الدستور وتمنح أساساً للقواعد القانونية التى يضعها المشرع الدستورى، وقواعد لها قوة القانون – بالمعنى الضيق – وتمنح كقاعدة عامة للقواعد القانونية التى يقرها المشرع البرلمانى، ثم قواعد لها قوة العمل الإدارى وهى تلحق بالتشريعات اللائحية التى تصدرها السلطة التنفيذية، وبين هذه المراتب القانونية الرئيسية الثلاثة، يختلف الفقه حول تحديد المرتبة الإلزامية لغير ذلك من القواعد القانونية مثل المبادئ العامة للقانون والقواعد العرفية، ولعل مرد هذا الخلاف أنها قواعد قانونية غير مكتوبة أو بالأحرى غير مشرعة أى غير مقننة، ومن ثم وقع الخلاف حول مصدرها وأساس قوتها الإلزامية.

واستثناء من هذا الأصل، يستطيع المشرع الدستورى – دون غيره – أن يعدل من القوة الإلزامية للعمل القانونى، كأن يعلو بقوة لوائح الضرورة على سبيل المثال، إلى قوة القانون تقديراً منه لخطورة الظروف الاستثنائية ومقتضياتها، وهو الأمر الذى قرره المشرع الدستورى المصرى صراحة فى المواد ١٠٨ و١٤٧ من دستور ١٩٧١ والدساتير السابقة عليه.

وفى حالات أخرى، يستطيع المشرع الدستورى أن يهبط بقوة العمل الإلزامية، كأن يهبط مثلاً بقوة القانون التى تتمتع بها بعض قواعد القانون القائمة إلى قوة اللائحة أى قوة العمل الإدارى، نتيجة اعتبارات محددة، مثلما حدث فى فرنسا فى ظل دستور ١٩٥٨ الحالى بصدد القواعد القانونية السارية بعد صدور هذا الدستور، والتى أضحت موضوعاتها من الموضوعات المحتجزة للائحة وفقاً للمادة ٣٧ هذا الدستور، وذلك بالشروط والإجراءات المنصوص عليها فيه.

كما أنه بصدد بعض الأعمال القانونية التى لا ترتبط بسلطة عامة معينة، فإن المشرع الدستورى يتولى تحديد السلطة المختصة بها والقوة الإلزامية المقررة لهذه الأعمال بحسب ما يراعيه من اعتبارات سياسية أو قانونية، أو غير ذلك من الاعتبارات، ومن أمثلة ذلك المعاهدات، ففى مصر تختص السلطة التنفيذية مثل معظم الدول بسلطة عقد المعاهدات بصفة عامة، باستثناء بعض أنواع المعاهدات التى تقضى دساتير هذه الدول بضرورة موافقة السلطة التشريعية فيها عليها، ويحرص المشرع الدستورى فى هذه الحالة على تحديد القوة الإلزامية للمعاهدات بكافة أنواعها فيقرر لها قوة القانون على الأقل. ففى فرنسا مثلاً فإنه وفقاً للمواد ٥٣ و٥٤ من دستور ١٩٥٨ الحالى تتمتع المعاهدات بقوة أعلى من القوانين، ولذلك فبالرغم من أن الأصل أن سلطة عقد المعاهدات فى فرنسا هى مما يدخل فى اختصاصات رئيس الجمهورية – مثلما هو الحال فى مصر وفقاً لدساتيرها منذ دستور ١٩٥٦ – إلا أن المعاهدات التى

من شأنها تعديل النصوص ذات الطبيعة التشريعية هى "مما لا يجوز التصديق أو الموافقة عليها إلا بموجب قانون" (م ٥٣)، كما أنه "إذا قرر المجلس الدستورى ... أن تعهداً دولياً يتضمن شرطاً مخالفاً للدستور، لا يمكن الإذن بالتصديق أو الموافقة عليه إلا بعد تعديل الدستور" (م ٥٤) وهو ما يؤكد أن القوة الإلزامية للمعاهدات فى فرنسا وإن كانت "أعلى من القوانين" إلا أنها لا تصل إلى قوة الدستور[١].

غير أنه يلزم ملاحظة أنه إذا كان للمشرع الدستورى أن يعدل فى القوة الإلزامية العادية للعمل القانونى، فيقرر مثلاً أن للعمل الإدارى فى حالة الضرورة قوة القانون، فإنه لا يملك تعديل أو تغيير طبيعة العمل القانونية مهما كانت ظروف إصدار هذا العمل، ومن باب أولى فإنه إذا كان من حق السلطة التشريعية دستورياً، إعادة تنظيم اختصاصات السلطة التنفيذية، فإن ذلك لا يمكن أن يستتبع الحق فى تغيير طبيعة العمل الإدارى[٢].

وقد استقر الرأى الغالب فى الفقه والقضاء على الأخذ بالمعيار الشكلى أو العضوى بصفة أساسية لتحديد الطبيعة القانونية للأعمال القانونية مثل التشريعات والأحكام واللوائح، وذلك لما يتميز به هذا المعيار من وضوح وتحديد بالمقارنة مع المعيار الموضوعى الذى يعتمد على عناصر موضوعية تتعلق بالمضمون الداخلى للعمل، وهى عناصر لا تتمتع بنفس الدرجة من

---

(١) ومن المحتمل أيضاً أن يعمد المشرع الدستورى إلى رفع القوة الإلزامية لقانون عادى إلى مستوى القوة الإلزامية للدستور نفسه، وهو ما يتحقق وفقاً للمادة ٤ من الدستور الكويتى الحالى بصدد قانون توارث الإمارة، وهو أيضاً ما تحقق فى مصر وفقاً لدستور ١٩٥٦ الذى أضفى على بعض نصوص قانون الإصلاح الزراعى قوة الدستور. راجع فى ذلك:
الأستاذ الدكتور يحيى الجمل: النظام الدستورى فى جمهورية مصر العربية – ١٩٧٤ – ص ٢٩.

(2) Carré de MALBERG, Contribution a la théorie générale de l'Etat. 1920. t. II, P. 596.
BATAILLER, Le Conseil d'Etat Juge Constitutionnel, 1966, L. G. D. J., P. 202.

الوضوح والتحديد التى تتمتع بها العناصر الشكلية أو العضوية للعمل والتى ترتكز أساساً على المظاهر الخارجية للعمل وصفة العضو الذى اتخذه.

وهكذا استقر الفقه والقضاء على أنه للتمييز بين القرارات الإدارية – مثلاً – وبين القوانين التى تسنها المجالس النيابية، فالعبرة وفقاً للمعيار الشكلى بالهيئة التى تقرر العمل والشكل الذى يصدر فيه والإجراءات التى تتبع فى إصداره، دون النظر إلى مضمونه أو موضوعه أو فحواه.

وتأسيساً على ذلك يكون العمل أو القرار إدارياً إذا كان صادراً من فرد أو هيئة تابعة لجهة الإدارة أو السلطة التنفيذية، ويكون العمل تشريعياً إذا كان صادراً من السلطة التشريعية، ويكون العمل قضائياً إذا كان صادراً من السلطة القضائية، وكل ذلك بصرف النظر عن مضمون العمل أو القرار ذاته.

وعليه فإن القرارات الصادرة من الإدارة، سواء كانت فردية أم لائحية، وسواء صدرت فى الظروف العادية أم الاستثنائية، هى قرارات إدارية من حيث الطبيعة القانونية، وإن اختلفت قوتها الإلزامية بحسب ظروف إصدارها وموقف المشرع الدستورى منها.

ولعل أهم ما يترتب على هذه التفرقة بين الطبيعة القانونية للعمل وقوته الإلزامية – وهى التفرقة التى يغفلها العديد من الفقهاء – هو خضوع كافة الأعمال الإدارية، مهما كانت قوتها الإلزامية، للرقابة القضائية على مشروعيتها من جانب القضاء الإدارى، وهى الرقابة التى تتأسس على الطبيعة القانونية للعمل بلا جدال، حيث يختص القضاء الإدارى بفحص مشروعية العمل الإدارى، بغض النظر عما إذا كان هذا العمل يتمتع بقوته الإلزامية العادية أم بقوة إلزامية استثنائية خاصة، لأن هذه الاستثنائية ليس لها أدنى تأثير على خضوع العمل للرقابة القضائية أو عدم خضوعه لها، إذ ينحصر تأثيرها فى تحديد مدى مشروعية أو عدم مشروعية العمل الإدارى، سيما من حيث مدى مطابقة محل العمل الإدارى لقواعد القانون، ومن ثم يتحول التساؤل من مرحلة تحديد مدى اختصاص القضاء الإدارى بنظر المنازعات الإدارية

المتصلة بهذا العمل والتأكد من توافر شروط قبولها، إلى مرحلة فحص أوجه مشروعية العمل أو عدم مشروعيته[1].

وفى هذا الصدد نشير إلى أن تدخل السلطات العامة الأخرى فى شأن أى عمل إدارى ليس له أى تأثير على الطبيعة القانونية لهذا العمل، وإذا كان من المسلم به أن تدخل السلطة القضائية بصدد الأعمال الإدارية، وهو ما يتحقق بما يباشره القضاء من أوجه رقابة على هذه الأعمال، لا يؤدى إلى المساس بطبيعة العمل الإدارى من قريب أو بعيد، فإن تدخل السلطات العامة الأخرى وأثر هذا التدخل ما زال محلاً للجدل الفقهى وتردد القضاء، وهو ما سنعرضه تفصيلاً فيما بعد عند دراسة أثر موافقة السلطة التأسيسية – على أثر استفتاء شعبى – على بعض الأعمال الإدارية، فيما يتعلق بطبيعتها وقوتها القانونية.

وتأسيساً على ما تقدم فإننا نرى أن دراسة موضوع تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية يمكن أن تنقسم إلى أبواب ثلاثة وذلك على النحو التالى:

الباب الأول: وفيه نحدد المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية، التشريعية منها وغير المشرعة أو بالأحرى غير المقننة كذلك.

الباب الثانى: ونخصصه لتحديد مدلول مبادئ الشريعة الإسلامية ومكانتها أو مرتبتها فى تدرج القواعد القانونية سواء باعتبارها مصدر رسمى للقانون أم باعتبارها مصدر مادى للتشريع.

الباب الثالث: ونعرض فيه لنتائج تدرج القواعد القانونية وضمانات تحقيق هذه النتائج.

---

(١) راجع مؤلفنا: مبادئ القانون الإدارى – نظرية العمل الإدارى – ٢٠١٣- ص٧٤ ومابعدها.
المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٦٥/٣/٢١ قضية ٣٦٧ لسنة ٩ق، المجموعة السنة ١٠ رقم ٩١ ص ٩٠١.

الباب الأول
تحديد المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية

سبق أن أشرنا إلى أن القواعد القانونية تنقسم وفقاً للسائد فقهاً إلى نوعين: قواعد قانونية مكتوبة أو مدونة وتتمثل فى الدستور والقوانين - بالمعنى الضيق - واللوائح، وقواعد قانونية غير مكتوبة - والتى نفضل تسميتها بالقواعد غير المشرعة أو غير المقننة - وتتمثل فى المبادئ العامة للقانون والقواعد العرفية.

ولذلك فإننا نرى أن معيار التمييز بين القواعد القانونية المكتوبة والقواعد القانونية غير المكتوبة لا يتمثل فى الكتابة أو التدوين وإنما فى التقنين، والتقنين لغة مأخوذ من كلمة "قنن" وهى المصدر ومعناها وضع القوانين، وهو معنى مقارب للاصطلاح أيضاً، إذ أنه يعنى جمع وصياغة الأحكام المتعلقة بمجال معين من مجالات العلاقات الاجتماعية فى صورة مواد قانونية مبوبة ومرتبة ومرقمة ومصاغة بعبارات آمرة موجزة واضحة فى بنود ذات أرقام متسلسلة تسمى مواداً، ثم إصدارها فى صورة تشريع أو قانون أو نظام تفرضه الدولة للعمل به فى هذا المجال، وبه يتقيد القضاة ويرجع إليه المحامون ويتعامل على أساسه المواطنون.

فالتقنين علم وصياغة وإلزام وليس مجرد تبويب وترقيم واختصار، وعليه يمكن القول بصدد مدلول التقنين وعلاقته بالقانون، بأن للتقنين معنيان وإن كانا متكاملان. فهو من ناحية يطلق على كل تشريع عام يتضمن جميع النصوص القانونية التى تنظم فرعاً بأكمله من فروع القانون أو مسألة من المسائل القانونية الكبرى فى مجال العلاقات الاجتماعية، بحيث يمكن العمل بها وإتباعها دون أن يكون هناك اختلاف أو تعارض فى الأحكام التى يتضمنها التقنين، حيث أن القاعدة التشريعية لا يكتمل وجودها إلا بعنصر الإلزام والامتثال إلى حكمها، وهو الأمر الذى لا يتحقق بالتراضى دائماً وإنما قد يستدعى فرضه بالتقاضى.

ومن ناحية أخرى يعتبر التقنين من أهم وسائل الصياغة القانونية التى تلجأ إليها الدولة لإلزام الناس بما فى التقنين من أحكام أو قواعد كمصدر رسمى للقانون. وذلك من خلال تجميع وتبويب وترتيب القواعد القانونية الحاكمة لفرع من فروع القانون أو أحد موضوعاته بواسطة السلطة المختصة بالتقنين أو بإعداده، وفقاً لخطة معينة يتحقق عن طريقها التنسيق والتوفيق بين الأصول والفروع، ويزيل شبهة التعارض بين أحكام هذه القواعد القانونية المقننة.

ولا شك فى أن صياغة النص التشريعى هى الأداة الرئيسية إلى حسن فهمه وتفسيره، وبالتالى إلى إمكانية تفعيله وتنزيله، وحيث أن التقنين يضمن الإلزام بالنصوص المقننة، فهو يدخل فى واجبات السلطة التشريعية، وعلى ذلك لا يجوز على الإطلاق أن يوصف أى تجميع لقواعد أو نصوص يقوم به أحد الفقهاء أو الهيئات العلمية بأنه تقنين.

وما من شك فى أن أهم مزايا التقنين هى توحيد القانون واجب التطبيق ومن ثم توحيد سلوك الأفراد فى المجتمع. وخاصة فى البلاد التى تحكمها قواعد عرفية مختلفة أو تشريعات متعددة أو متنوعة المصدر، أما أهم عيوبه فهى ما قد يؤدى إليه التقنين من جمود للقانون كما لو كان شيئاً ثابتاً لا يتغير، بما مؤداه ضياع مرونته وقدرته على التطور والتحديث، ما لم يتخذ القضاء – بمساعدة الفقه – موقفاً مرناً عند التطبيق بأن يقوم بتطويع النصوص الواردة فى التقنين بما يحقق العدل ولو أدى ذلك إلى تخطى قصد المشرع أو تعديل مدلول النصوص، وهو الأمر الذى يرفضه جانب كبير من الفقه، إذ يرون ضرورة إلزام القاضى بإنزال حكم القانون ولو كان مخالفاً لرأيه.

وتأسيساً على ما تقدم يلزم علينا تحديد المرتبة الإلزامية لكل نوع من القواعد القانونية، وهو ما نتناوله تفصيلاً فى فصلين: الأول منهما نخصصه للقواعد القانونية المدونة أو بالأحرى المشرعة، والآخر نحدد فيه مرتبة القواعد القانونية غير المشرعة.

الفصل الأول
المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية المقننة

سبق أن بينا أن هناك ثلاثة أنواع من القواعد القانونية المقننة أو المشرعة، وذلك بالنظر إلى الجهة أو السلطة التى قامت بتشريعها، وهى القواعد الدستورية التى تختص السلطة التأسيسية بإقرارها، والقواعد التشريعية التى يتولى البرلمان أو بالأحرى السلطة التشريعية سنها، وهى التى يطلق عليها اصطلاحاً "القوانين" بالمعنى الضيق، كما يطلق عليها أحياناً لفظ "التشريع العادى" بالمقابلة للفظ "التشريع الأساسى" أى الدستور، و"التشريع الفرعى" أى اللائحة، ولذلك تجئ "اللوائح" التى تقوم السلطة التنفيذية بوضعها فى نهاية مراتب تدرج القواعد القانونية المشرعة أو المقننة.

وعليه نتناول بالدراسة كل من القواعد الدستورية والقواعد التشريعية والقواعد اللائحية، لبيان مرتبتها الإلزامية كل فى مبحث مستقل.

المبحث الأول
القواعد الدستورية

يعتبر الدستور التشريع الأساسى فى أية دولة قانونية، حيث لا يتصور قيام الدولة القانونية دون أن يكون لها دستوراً يقيم النظام فى الدولة ويؤسس الوجود القانونى للهيئات الحاكمة فى الجماعة، ويحدد وسائل حماية من لا سلطة لهم فى مواجهة من لهم السلطة، فيبين الحقوق والحريات الفردية، والتى تهدف إلى حماية الفرد والأقليات من احتمالات تعسف واستبداد الأغلبية.

ومن هذا المنطلق فإنه يتعذر القول بأن دولة ما هى دولة قانونية بدون وجود القواعد الدستورية اللازمة لتنظيم هذه الدولة، ومن ثم يعتبر الدستور أول مقومات الدولة القانونية، ولذلك يطلق عليها أيضاً اصطلاح "الدولة الدستورية".

ويذهب الفقه الدستورى إلى وصف الدولة بأنها دستورية إذا كانت ذات نظام دستورى أى تكون السلطة فيها مقيدة، لأن الدستور فى جوهره منظومة من القيود على ممارسة السلطة العامة، والمجتمع الذى يراعى هذه القيود يؤسس دولة دستورية، ففى طليعة المبادئ الدستورية أن تكون السلطة مقيدة، والدستور بتنظيمه لتلك السلطة المقيدة هو درع المجتمع فى مواجهة احتمال تعسف السلطة، حتى وإن كانت سلطة شرعية، لأن شرعية السلطة لا تغنى عن مشروعية أعمالها وتصرفاتها، بحيث تأتى القوانين والأنظمة التى تصدر عن تلك السلطة متطابقة مع الدستور، وتحت طائلة الإبطال من قبل جهة رقابية تتولى رقابة الدستورية، بهدف تأمين خضوع السلطات العامة للقيود الواردة فى الدستور، وحماية الحقوق والحريات من احتمال عسف السلطة التنفيذية تحت سقف القانون الذى تضعه السلطة التشريعية.

وعلى ذلك فإن احترام الدستور والالتزام بأحكامه وليس مجرد وجوده فقط هو نقطة الانطلاق نحو تحقيق الدولة الدستورية، والضمانة الفعالة لمبدأ سمو الدستور، وهو مبدأ مقرر لصالح أفراد المجتمع يتمسكون به فى مواجهة السلطات العامة فى الدولة.

ويقصد بالقواعد الدستورية مجموعة القواعد القانونية التى تبين نظام الحكم فى الدولة وتحدد الحقوق والحريات العامة للأفراد وتقرر المقومات والأسس والأهداف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة أو المجتمع.

ولما كانت هذه القواعد هى التى تنشئ وتنظم السلطات العامة جميعها، وتحدد نطاق اختصاص كل منها وكيفية ممارسة هذه الاختصاصات، فإنه يترتب على ذلك أن تسمو هذه القواعد وتحتل المرتبة الأولى على قمة التنظيم القانونى للدولة، وتبعاً لذلك تلتزم جميع السلطات باحترام هذه القواعد بأن تمارس اختصاصاتها فى الحدود المرسومة لها وعلى الوجه المبين فى الدستور.

والأصل أن ترد هذه القواعد فى وثيقة تسمى بالدستور الذى يعد فى هذه الحالة أول مصدر من مصادر المشروعية، غير أنه قد ترد مثل هذه القواعد فى أكثر من وثيقة أو فى وثائق أخرى يطلق عليها أحياناً إعلانات الحقوق أو المواثيق، كما قد يرد بعضها فى مقدمات الدساتير ذاتها، بل وفى بعض قوانين السلطة التشريعية فى صورة قوانين أساسية مكملة للدستور، وفى هذه الحالة تعامل هذه القوانين الأساسية معاملة التشريعات البرلمانية وليست الوثائق الدستورية خلافاً لمقدمات الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق، وعليه نعرض أولاً لهذه الصور الدستورية ثم نبين بعد ذلك دور الدستور باعتباره أسمى القواعد القانونية.

المطلب الأول
مقدمات الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق

مقدمات الدساتير هى تلك المبادئ والقواعد الفلسفية التى تتصدر الدساتير عادةً بخلاف المواد القانونية التى تتضمنها هذه الدساتير، ومثالها مقدمة الدستور المصرى لعام ١٩٧١، ومقدمة الدستور الفرنسى الصادر عام ١٩٤٦.

أما المواثيق وإعلانات الحقوق فهى وثائق سياسية منفصلة عن الدستور، تنص فى الغالب على الحقوق والحريات الفردية التى يتعين على الدولة احترامها، علاوة على بعض الأسس التى يجب أن يقوم المجتمع على مقتضاها. وتحرص بعض الدول على إصدار مثل هذه الوثائق أثر قيام نظام جديد فيها نتيجة ثورة أو حركة تحرير، حيث يهتم من يتولى الحكم بعد نجاحها، بتسجيل المبادئ والأسس والحقوق والواجبات التى ينبغى أن يقوم عليها المجتمع الجديد من الناحية السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

ومن أمثلة المواثيق، الميثاق الوطنى الذى أعلن فى مصر فى ٢١ مايو ١٩٦٢، وبيان ٣٠ مارس عام ١٩٦٨، أما إعلانات الحقوق فمثالها إعلان

حقوق الإنسان والمواطن الذى صدر فى فرنسا عقب الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩.

وقد ثار النقاش حول التكييف القانونى لطبيعة القواعد والمبادئ الواردة فى هذه الوثائق وقيمتها القانونية، وذلك بصدد تحديد مدى التزام السلطات العامة فى الدولة باحترام هذه القواعد وتلك المبادئ.

أولاً: التكييف القانونى لطبيعة المبادئ الواردة فى المواثيق وإعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير:

اختلف الرأى فيما يتعلق بطبيعة هذه المبادئ ومدى اعتبارها من القواعد القانونية الملزمة، حيث ظهرت عدة اتجاهات هى:

١ - يذهب اتجاه إلى إنكار تمتع المبادئ والأسس الواردة فى هذه المواثيق بطبيعة القواعد القانونية ومن ثم يجردها من كل قوة إلزامية وقيمة قانونية، فهى مجرد إفصاح عن مبادئ فلسفية وسياسية تعبيراً عن آمال ومثل وأهداف السلطة التأسيسية، وبالتالى فليس لها سوى قيمة أدبية.

ويترتب على ذلك عدم التزام السلطات العامة التى ينشئها الدستور بهذه المبادئ أو الأسس لأنها ليست قواعد قانونية محددة، بالرغم من صدورها عن السلطة التأسيسية إذ لو أرادت تلك السلطة أن تعتبرها من القواعد القانونية الملزمة لأدرجتها ضمن مواد الدستور ذاته[1].

وقد اعتنقت المحكمة العليا قبل استبدالها بالمحكمة الدستورية العليا الحالية فى مصر هذا الاتجاه فى العديد من أحكامها، فبصدد إعلانات حقوق الإنسان، قضت المحكمة بأن "الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى أقرته

---

(١) الأستاذ الدكتور ماجد الحلو: المرجع السابق – ص ١٨، الأستاذ الدكتور عبد الحميد حشيش: الوجيز فى القانون الدستورى – ١٩٨٠ – ص ٨٩.
الدكتور كمال أبو العيد: مبدأ الشرعية فى الدولة الاشتراكية – رسالة على الآلة الكاتبة – القاهرة ١٩٧٥ – ص ٨٢.
GARRE DE MALBERG, Contribution a la théorie de l'Etat, 1920, t. II, p. 78.
A. ESMEIN, Elements de droit Constitutionnel, 8e éd., t. I, p. 591.

الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٤٨ ووقعته مصر، لا يعدو أن يكون مجرد توصية غير ملزمة، وليست له قيمة المعاهدات الدولية المصدق عليها ...." [١].

كما أنها بالنسبة للمواثيق، وعلى الأخص بصدد الميثاق الوطنى الذى أعلن فى مصر فى ٢١ مايو ١٩٦٢، قضت المحكمة بأن "الميثاق وثيقة عبرت فيها ثورة ٢٣ من يولية ١٩٥٢ عن مبادئها وأهدافها وخطتها الشاملة لتحقيق هذه المبادئ والأهداف، وهو لا يخرج عن كونه دليلاً فكرياً يقود خطى الشعب إلى المستقبل حسبما أفصحت عن ذلك مقدمة دستور سنة ١٩٦٤، ومن ثم يتعين لإعطاء ما تضمنه الميثاق من مبادئ قوة الدستور، أن تقنن هذه المبادئ فى نصوص دستورية تكون هى المرجع عند الفصل فى دستورية القوانين" [٢].

وبصفة عامة قضت المحكمة بأن "مثل الميثاق فيما أرساه من مبادئ فلسفية عليا وما تضمنه من أهداف كمثل إعلانات الحقوق التى عرفتها الأمم المتقدمة والتى تقترن عادةً بالثورات الناجحة، فتصدر معلنة مبادئ الحق والحرية والعدالة والمساواة فضلاً عن أهداف المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويكون صدورها تمهيداً لإعداد دستور مكتوب يستمد أصوله وأحكامه من تلك المبادئ والأهداف، ويكون لهذه الأصول والأحكام التى يتبناها الشارع ويصوغها فى نصوص دستورية لها قوة ملزمة، أما ما عداها من مبادئ وأهداف لم ينقلها الشارع إلى نصوص الدستور، فيظل مثلاً عليا ونظريات فلسفية حتى يقتضى الصالح العام للدولة تطبيقها وتنفيذها، فينقلها الشارع من مجال المبادئ العامة إلى مجال التنفيذ، وذلك بإفراغها فى صورة نصوص محددة فى صلب الدستور، فتكون لها القوة الملزمة ... وقد كان الميثاق بين يدى الشارع عند سن قانون المحكمة العليا ... فلم يقحمه فى مجال رقابة

---

(١) حكمها فى ١٩٧٥/٣/١ دعوى ٧ لسنة ٢ق دستورية، المجموعة – القسم الأول – ١٩٧٧ – ص ٢٢٨.

(٢) حكمها فى ١٩٧٥/٤/٥ دعوى ٩ لسنة ٤ق عليا دستورية، المجموعة القسم الأول – طبعة ١٩٧٧ – ص ٢٥٨.

دستورية القوانين تقديراً منه للميثاق كوثيقة سياسية عليا تتضمن مبادئ عامة ونظريات فلسفية ... فهو توجيه للشارع الدستورى وللشارع العادى على السواء، ولكنه ليس دستوراً ولا قانوناً، ولن يكون كذلك إلا إذا صيغت مبادئه فى نصوص تشريعية محددة منضبطة تنقل هذه المبادئ من مجال النظر والفكر إلى مجال العمل والتنفيذ" [1].

٢- يتجه الرأى الغالب فى فرنسا إلى الاعتراف بالطبيعة القانونية للقواعد والمبادئ التى ترد فى إعلانات الحقوق والمواثيق ومقدمات الدساتير، مما يعنى أن لهذه القواعد قوة إلزامية [2]، وإن اختلف الرأى بشأن تحديد مرتبة هذه القوة على نحو ما سنبينه لاحقاً.

والمفروض أن يؤدى تمتع هذه المبادئ بالقوة الإلزامية إلى تطبيقها والتزام السلطات العامة باحترامها بمجرد صدورها، غير أن البعض من أنصار هذا الاتجاه يذهب إلى القول بأنه يشترط لتطبيق هذه المبادئ والالتزام بأحكامها من وقت صدورها، أن تكون قد اتخذت طابع القواعد الموضوعية المحددة، أما إذا كانت هذه المبادئ تقف عند مجرد بيان أهداف المجتمع الفلسفية أو السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، فلا يتصور تطبيقها من وقت صدورها ما دامت غير محددة، ولكن يتعين على السلطات الحاكمة أن تلتزم بها عند وضع الدستور أو القوانين العادية فلا تصدر هذه التشريعات على خلاف تلك المبادئ.

٣- يتجه رأى ثالث بحق إلى أنه يتعين التفرقة بين نوعين من النصوص التى تحتويها هذه الوثائق، الأولى النصوص التى تشكل قواعد

(١) حكمها فى ١٩٧٥/٤/٥ دعوى ١٣ لسنة ٤ ق عليا دستورية، المجموعة – القسم الأول – ١٩٧٧ – ص ٣٩٢. وخلافاً لذلك ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى التسليم لمقدمة الدستور بطبيعة النصوص الدستورية وقوتها باعتبارها تكون مع الأحكام التى ينظمها كلا غير منقسم "Bloc Constitutionnalite".
راجع حكمها فى ١٩٩٤/٦/٢٠ قضية ٣٤ لسنة ١٣ ق. دستورية.

(2) M. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, 1923, p. 85.
DUGUIT: Traité de droit constitutionnel, 2e éd., 1921, t. II, p. 10

قانونية بالمعنى الفنى الدقيق، أى المنشئة لمراكز قانونية محددة واضحة بحيث تكون قابلة بذاتها للتطبيق المباشر، فتكون لها الطبيعة القانونية وقوة الإلزام القانونى، والثانية النصوص التى تقتصر على مجرد التعبير عن التوجيهات والأهداف والآمال والمثل العليا والعقائد الفلسفية التى تعتنقها السلطة التى أقرتها، بحيث يتعذر أن تكون قواعد قانونية واضحة المعالم وقابلة للتطبيق بذاتها، وهذه لا يكون لها بداهة إلا مجرد قيمة فلسفية وأهمية سياسية وقوة إلزام أدبية.

ويعتنق هذا الرأى غالبية الفقه المصرى وبعض الفقهاء الفرنسيين والقضاء الفرنسى (١).

ثانياً: المرتبة القانونية للمبادئ الواردة فى المواثيق وإعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير:

بالرغم من اتفاق غالبية الفقه على أن للقواعد الواردة فى هذه الوثائق أو لبعضها على الأقل، طبيعة القواعد القانونية وبالتالى قوة الإلزام القانونى، إلا أن الخلاف اشتد بينهم فى تحديد القيمة أو المرتبة القانونية لهذه القوة الملزمة، فظهرت فى هذا الصدد ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: ويذهب إلى أن للمبادئ الواردة فى هذه الوثائق قيمة قانونية أعلى من قيمة النصوص الدستورية ذاتها باعتبارها من المبادئ الحاكمة أو فوق الدستورية أى أنها تعلو على إرادة السلطة التأسيسية الأصلية، استناداً إلى أنها تتضمن الأسس التى يجب أن تقوم عليها نصوص الدستور، كونها تعد تعبيراً عن الإرادة العليا للمجتمع، وتحتوى على المبادئ الأساسية الدستورية

---

(١) الأستاذ الدكتور محمود حافظ: القضاء الإدارى – الطبعة ٧ – ١٩٧٩ – ص ٢٩.
الأستاذان الدكتور بكر القبانى والدكتور محمود عاطف البنا: الرقابة القضائية لأعمال الإدارة – الطبعة الأولى ١٩٧٠ – ص ٤٢.
الأستاذ الدكتور كامل ليلة: المرجع السابق – ص ٢٤.
BURDEAU, Droit Constitutionnel et institutions politique, 17 éd., 1976, p. 75.
DE LAUBADRE, Cours de droit constitutionnel, 1955/ 1956, p. 109.
C. E. 12/2/1960, Societe Eky, L. 101.

المستقرة فى الضمير الإنسانى العالمى، مما يتعين معه احترامها وإعمالها بدون حاجة إلى النص الصريح عليها، وبذلك تكون هذه المبادئ ملزمة للسلطة التأسيسية التى تقوم بوضع الدستور فضلاً عن السلطات العامة التى أنشأها هذا الدستور والتى تسمى بالسلطات المؤسسة وهى السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية (١).

بيد أنه يؤخذ على هذا الرأى – فى تقديرنا – أنه ليس هناك من القواعد القانونية ما يعلو على الدستور، استناداً إلى أن السلطة المختصة بوضع الدستور هى السلطة التأسيسية الأصلية، وهى سلطة عليا لا توجد سلطة أخرى تعلوها لأنها تعبر فى الدول القانونية عن إرادة صاحب السيادة أى الشعب، ولأنها هى التى تقرر أسس النظام القانونى للجماعة، ولذلك فهى سلطة أصيلة ومستقلة وغير مقيدة، إضافة إلى أن تحديد من يضع أو يقر هذه الوثائق أو تلك المبادئ الحاكمة باعتبارها قواعد فوق دستورية سيتمتع حتماً بمنزلة أعلى من الشعب صاحب السلطة التأسيسية الأصيل فيكون وصياً عليه ورقيباً على تصرفاته مما يتناقض بحدة مع المبدأ الديمقراطى، فإذا كان من يضعها أو يقرها هو الشعب ذاته – فى وقت معين – فإنه بذلك يصادر حق الأجيال التالية فى اختيار نظامه السياسى أو تعديله فى الدستور.

الاتجاه الثانى: يذهب الرأى الراجح بحق (٢) إلى الاعتراف للمبادئ الواردة فى هذه الوثائق بنفس القوة القانونية لقواعد الدستور، استناداً إلى أنها نابعة هى الأخرى عن إرادة السلطة التأسيسية، ومن ثم تتمتع بنفس قيمة النصوص الدستورية فى مواجهة سلطات الدولة الثلاثة، وخاصة المجالس النيابية، باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من هذه النصوص الدستورية، إلى جانب

---

(١) الأستاذ الدكتور محمود حلمى: المرجع السابق – ص ١٧٤.
الأستاذ الدكتور محمود حافظ: المرجع السابق – ص ٢٩.
الأستاذ الدكتور فؤاد العطار: القضاء الإدارى – ص ٢٩.
DUGUIT, op. cit., . I p. 143 – 144, t II, p. 0 et s.

(٢) الأستاذ الدكتور محسن خليل: القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة – ص ١٧.
الأستاذ الدكتور كامل ليلة: المرجع السابق – ص ٢٥.
LAFERRIERE, Manuel de droit constitutionnel, 197, p. 962 et s.

التـزام الـسلطة التأسيـسية الفرعيـة المختـصة بتعـديل الدسـتور بهـا مـا دام هـذا الدستور لم يخالفها أو يعدلها.

الاتجاه الثالث: يتجه بعض الفقهاء[1] إلى الاعتراف لهذه المبادئ بقيمـة القوانين العادية باعتبارها تنص على بعض الحقوق، ولكنها لا يمكن أن ترقى على مرتبة النصوص الدستورية الجامدة، فلو أن واضعيها قد أرادوا لها سمو تلك النصوص وحصانتها لأوردوها فى صلب الدستور. ولذلك يجوز للبرلمان أن يتناولها بالتعديل حسب ما يتراءى له ووفقا لما يمليه عليه الصالح العام، أما الإدارة فإنها تلتزم باحترامها كما تلتزم باحترام القوانين العادية. ويعيب هذا الاتجاه أنه يتجاهل صفة مُصدر الوثائق التى تقر هذه المبادئ وتساوى بين إرادة واضعيها إذ تمثلت فى الشعب ذاته وبين إرادة السلطات العامة التى أنشأها الدستور، بل وترجح إرادة البرلمان عليها بغير سند بزعم رفض الشعب ذاته منح صفة السمو لها وهو زعم غير صحيح بدون نص صريح بذلك.

المطلب الثانى
دور الدستور باعتباره أسمى القواعد القانونية

ليس ثمة شك أو جدال فى فقه القانون الدستورى حول مكانة القواعد الدستورية، فهى تتبوأ قمة التنظيم القانونى للدولة مما يجعلها أهم عناصر المشروعية والمصدر الأول لها، ويترتب على ذلك أن السلطة المختصة بوضع الدساتير هى سلطة غير مشروطة، لا تتقيد بأية قواعد أخرى تعلوها، فى حين تتقيد السلطات الأخرى المختصة بوضع القواعد القانونية الأخرى، بأحكام الدستور ومبادئه، وتبعاً لذلك فإن السلطة التأسيسية المختصة بوضع الدستور لا تندرج ضمن السلطات التى تخضع للقانون، حيث لا يحكم عملها أية قواعد قانونية عليا، ومن ثم لا تخضع لرقابة القضاء، بينما تخضع السلطات الأخرى

(1) JEZE, Valeur juridique des Déclarations des droits, R. D. P. 1913. 685 et s.

لهذه الرقابة لوجود القواعد الدستورية التى يتعين عليها التزامها عند مباشرة اختصاصاتها.

وعلى ذلك تعد النصوص الدستورية الأساس لكل قاعدة قانونية تليها فى المرتبة، ويستتبع ذلك أنه لا يجوز لأى من السلطتين التشريعية أو التنفيذية أن تجاوز عند ممارسة نشاطها الحدود التى رسمها الدستور، وإلا كان عملها مخالفاً لمبدأ المشروعية، وذلك على النحو التالى:

١ - خضوع السلطة التشريعية للدستور:

ينعقد الإجماع بين الفقهاء حول ضرورة خضوع السلطة التشريعية للدستور، ومن ثم يتعين مطابقة كافة أعمال هذه السلطة سواء كانت تشريعات أو أعمال برلمانية لأحكام النصوص الدستورية، وإلا تعرضت للحكم بعدم دستوريتها.

بيد أنه يجب ملاحظة أنه وفقاً للفقه الدستورى السائد، فإن الدساتير تنقسم إلى دساتير جامدة وأخرى مرنة، وتتميز الأولى بأنها تتطلب إجراءات خاصة لإصدارها أو تعديلها أو الغاؤها، وهى إجراءات أشد من تلك التى تتطلبها القوانين العادية، بينما لا تتطلب الدساتير المرنة مثل هذه الإجراءات، وبالتالى يمكن للبرلمان أن يجرى بشأنها ما يراه ملائماً من تعديل أو الغاء أو حذف أو إضافة وفقاً لنفس الإجراءات وبذات الشروط والأشكال التى يسن بها القوانين العادية ويلغيها أو يعدلها.

ويترتب على ذلك أن السلطة التشريعية تلتزم بأحكام الدستور الجامد وفقاً لمبدأ المشروعية فى حين أنها تتخلص من هذا الالتزام فى ظل الدستور المرن، فتستطيع مخالفة أحكام الدستور دون أن يكون ذلك مخالفاً لمبدأ المشروعية.

ونحن لئن كنا نتفق مع مجمل هذا الرأى السائد فقهاً، إلا أننا نختلف معه فى سند حق السلطة التشريعية فى تعديل الدستور المرن، حيث يكتفى هذا الفقه

بصمت المشرع الدستورى عن تنظيم مسالة تعديل الدستور بإجراءات خاصة لاعتباره مرناً وليس جامداً، ففى تقديرنا إن جمود الدستور، لا يتحقق فقط بالنص على الإجراءات الخاصة المشار إليها، وإنما قد يتحقق ولو لم ينص الدستور على تلك الإجراءات، وذلك إذا ما قرر الدستور أو نظم أسلوب الرقابة على دستورية القوانين التى يسنها البرلمان، بمعنى أن سمو الدستور يترتب إما نتيجة تقرير بعض الإجراءات الخاصة لإصدار وتعديل والغاء النصوص الدستورية، أو بالنص صراحة على وجود الرقابة على الدستورية أو تنظيمها، بل ويكفى أن ينص الدستور على تولى السلطات العامة مباشرة اختصاصاتها على النحو المبين فى الدستور، أو على احترام نصوصه فى اليمين الدستورية ليكون جامداً باعتبار أن الأصل فى الدساتير الجمود وليس المرونة(١).

ومن الملاحظ فى الدستور المصرى لعام ١٩٧١، أن المشرع الدستورى نص فى المادة ١٨٩ منه على إجراءات خاصة مشددة لتعديل مادة أو أكثر من مواد هذا الدستور، وفى نفس الوقت نظم فى المواد ١٧٤ : ١٧٨ كيفية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، كما نص على تولى السلطات العامة اختصاصاتها على النحو المبين فى الدستور، وعلى احترام الدستور فى القسم الدستورى لهذه السلطات، وبذلك يعد هذا الدستور من الدساتير الجامدة وبالتالى تلتزم السلطتين التشريعية والتنفيذية باحترام أحكامه بحيث لا يجوز أن تصدر من أى منهما أعمالاً تخالف نصوصه أو لا تتفق معها

---

(١) ومع ذلك فإن الاكتفاء بالنص على الرقابة على الدستورية أو تنظيمها هو فرض نظرى تماماً، حيث لم يتحقق عملاً فى أى من الدساتير المصرية أو الفرنسية، علاوة على احتمال التشكيك فى مدى مشروعية الجمود فى مثل هذا الدستور، لما يتصف به من جمود مطلق فى هذه الحالة، وإن كنا نرى أنه يمكن حل هذه المشكلة بتقرير إمكانية تعديل الدستور باتباع ذات الإجراءات التى اتخذت لإقرار الدستور وذلك وفقاً لقاعدة تقابل أو توازى الأشكال، واستناداً إلى هذه القاعدة يمكن القول بأن الأصل فى الدساتير الجمود حيث لا يجوز تعديلها إلا بنفس إجراءات إقرارها فى حالة عدم وجود نص.
راجع فى تفاصيل هذا الموضوع مؤلفنا: القانون الدستورى والشرعية الدستورية – الطبعة الثانية ٢٠٠٥ – ص ١٢٤ وما بعدها.

أو مع الإجراءات المرسومة فيه لصدورها وإلا شابها عيب عدم الدستورية أو عدم المشروعية.

٢- خضوع السلطة التنفيذية للدستور:

يرى البعض أن خضوع السلطة التنفيذية للدستور يتم في الأصل بطريق غير مباشر، على أساس أن هذا الخضوع للدستور إنما يتحقق من خلال التزام هذه السلطة بتنفيذ القانون، ومن ثم يكون العيب المباشر الذى يصيب أعمال الإدارة هو عيب عدم المشروعية وليس عيب عدم الدستورية، وذلك بمخالفتها للقانون الذى يقف دائماً بين القاعدة الدستورية والعمل الإدارى، حتى ولو مثل هذا العيب مخالفة للقاعدة الدستورية كذلك [1].

غير أننا نعتقد أنه كما يصيب العمل الإدارى عيب عدم المشروعية، بمعنى مخالفته للقانون أو للمبادئ العامة للقانون، فإنه يصيبه أيضاً عيب عدم الدستورية، بمعنى مخالفته لقواعد الدستور مباشرة، وهو العيب الأهم والأكثر خطورة من العيب الأول الذى وإن كان يصيب غالباً محتوى ومضمون العمل الإدارى، فإن عيب عدم الدستورية يصيب بالإضافة لذلك إجراءات وضع هذه الأعمال، أو بمعنى أدق كيفية ممارسة الإدارة لاختصاصاتها الدستورية وفقاً للشروط والقيود الواردة فى الدستور والتى تحدد متى وكيف يمكن للإدارة ممارستها وحدود تلك الممارسة.

ويبدو ذلك جلياً بصدد الأعمال اللائحية للإدارة، حيث يصبح العيب المباشر الذى يصيب اللائحة هو فى الغالب الأعم عيب عدم الدستورية وليس عيب عدم المشروعية، يؤيد ذلك أن مخالفة اللوائح لقواعد القانون لا تظهر بصورة مباشرة سوى فى نوع واحد من اللوائح وهو اللوائح التنفيذية، أما الأنواع الأخرى وهى الأكثر أهمية وخطورة، وهى اللوائح المستقلة واللوائح

---

(١) الدكتور السيد محمد إبراهيم: مقالته حول "دستورية القوانين وشرعية اللوائح" – مجلة العلوم الإدارية السنة ١٣ عدد ٣ ص ١٦٢، ١٩١.
المستشار طه أبو الخير: حرية الدفاع – الطبعة الأولى ١٩٧١ – ص ٧٧٨.

التى تصدر فى ظل الظروف الاستثنائية متمتعة بقوة القانون، والتى يطلق عليها لوائح الضرورة فالغالب أن يصيبها عيب عدم الدستورية نظراً لغياب القانون فى العلاقة بينها وبين الدستور فى معظم الأحوال، ومن ثم لا يلحقها عيب عدم المشروعية إلا فى حالة مخالفتها للمبادئ العامة للقانون.

ولا شك أن تجاوز السلطة التنفيذية للحدود الواردة فى الدستور يعد اغتصاباً غير مشروع للسلطة التشريعية وهو ما يمثل أكبر الخطر على حقوق وحريات الأفراد، مما يعد انتهاكاً جسيماً لمبدأ المشروعية[1].

وتأسيساً على ما تقدم، فإن خضوع السلطة التنفيذية للدستور يكون إما خضوعاً مباشراً من غير حاجة إلى توسط القواعد القانونية وهو ما يتحقق بصدد شروط وإجراءات ممارسة السلطة التنفيذية لمعظم اختصاصاتها، أو عندما ترد بعض النصوص الدستورية متضمنة لأحكام ومبادئ يمكن تنفيذها مباشرةً دون حاجة لصدور قانون سابق بتنظيمها، وإما أن يكون خضوعاً غير

---

(١) والواقع أن عيب عدم المشروعية يتضمن فى نفس الوقت "عدم الدستورية" لأن عدم المشروعية كما يكون لمخالفة القوانين أو المبادئ العامة للقانون، فإنه أيضاً يكون بمخالفة القواعد الدستورية.
أنظر الأستاذ الدكتور سعد عصفور: مشكلة الضمانات والحريات العامة – المحاماة السنة ٥٦ عدد ٣، ٤ ص ١٥٥، حيث يقرر "أنه فى الدول ذات الدساتير الجامدة يتسع مبدأ المشروعية ليشمل مبدأ الدستورية، فالإدارة إذ تصدر لائحة يتعين عليها أن تلتزم أحكام القانون وإلا كانت غير مشروعة، وأن تلتزم أحكام الدستور وإلا كانت غير دستورية".
وأنظر كذلك الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة فى الدستور – مجلة الحقوق السنة ٨ عدد ٣، ٤ ص ٥.
ولذلك جرى الفقه والقضاء على قصر اصطلاح "عدم المشروعية" على أحوال مخالفة اللوائح للقوانين دون القواعد الدستورية التى اختصها باصطلاح "عدم الدستورية" سواء بالنسبة للقوانين أو اللوائح.
أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٥٧/٦/٢٩ القضية ١٦١ لسنة ٣ق، المجموعة ١ لسنة ٢ رقم ١٣٧ ص ١٣٣٥، وحكمها فى ١٩٥٨/٧/١٢ القضية ٩٢٩ لسنة ٣ ق، المجموعة السنة ٣ رقم ١٧٣ ص ١٦٩١.
وحكم المحكمة العليا فى ١٩٧١/٧/٣ قضية ٤ لسنة ١ ق، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا لياقوت العشماوى وعبد الحميد عثمان – الجزء الأول فى الدعاوى الدستورية، ص ٧٦ – ١٠٩.

مباشر إذا تعلق الأمر بوظيفة الإدارة فى تنفيذ القوانين حيث يشترط الدستور أن يتم التنفيذ بما ليس فيه تعديل أو تعطيل للقوانين أو إعفاء من تنفيذها.

المبحث الثانى
القواعد التشريعية

يقصد بالقواعد التشريعية القوانين التى تسنها السلطة التشريعية فى الدولة، أى المجلس أو المجالس النيابية والتى يطلق عليها "البرلمان"، والذى يختص بوظيفة التشريع وفقاً لأحكام دساتير معظم الدول استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وهو المبدأ الذى تقوم الدول القانونية على أساسه، بهدف عدم تركيز السلطة فى يد واحدة، بحيث يتم توزيع الوظائف القانونية للدولة بين الهيئات الحاكمة التى تتعدد بقدر تعدد هذه الوظائف، ولذلك فمن المنطقى أن يختص البرلمان وهو الهيئة التى تضم ممثلى الشعب صاحب السيادة فى الدولة الديمقراطية، بمهمة سن القوانين بهدف بيان وتحديد الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية فى الدولة.

وتأتى القوانين فى مرتبة تالية للقواعد الدستورية من حيث تدرج القواعد القانونية وذلك نظراً لصدورها عن ممثلى الشعب ونوابه مما يحتم سموها عن غيرها من الأعمال القانونية الصادرة عن السلطات الأخرى. ولذلك تعد القوانين المصدر الثانى من مصادر التنظيم القانونى فى الدولة، ومن ثم تلتزم كافة الهيئات العامة فى الدولة بالإضافة إلى الأفراد باحترام أحكامها ما لم تلغ أو تعدل طبقاً للإجراءات المقررة.

وتطبيقاً لذلك يتعين على الإدارة أن تباشر أعمالها وفقاً لما تقضى به القوانين حتى لا تتسم هذه الأعمال بعدم الشرعية أو المشروعية، ويحق بالتالى للقضاء الإدارى أن يلغى العمل المخالف للقانون أو أن يعوض عن الأضرار الناجمة عنه.

وعليه، يعد مبدأ المشروعية الأساس القانونى لخضوع الإدارة للقوانين باعتبارها السلطة المختصة بتنفيذها والتى ألزمها الدستور بوضع القوانين موضع التنفيذ بغير تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها.

بيد أن خضوع الإدارة للقانون لا يعنى خضوعها عضوياً للسلطة التشريعية، إذ أن هذا الخضوع يقتصر على الجانب الوظيفى فحسب، بمعنى خضوع وظيفة التنفيذ لوظيفة التشريع، دون أن يؤدى ذلك إلى خضوع عمال وموظفى الإدارة خضوعاً رئاسياً لأعضاء البرلمان، إذ ينطوى مبدأ الفصل بين السلطات على ضرورة الاستقلال العضوى لكل سلطة.

كما ينبغى ملاحظة أن خضوع الإدارة للقانون لا يقتصر على نشاط الإدارة بصدد تنفيذ القوانين، إذ يمتد هذا الخضوع لنشاط الإدارة المتعلق بالضبط الإدارى وبالمرافق العامة، مع مراعاة أن خضوع الإدارة للقوانين فى شأن هذا النشاط ليس خضوعاً مطلقاً لكافة القواعد القانونية بصرف النظر عن طبيعة العلاقة التى تعالجها هذه القواعد، إذ لا جدال أن الإدارة لا تلتزم عند مباشرة وظيفتها الإدارية إلا بمراعاة القوانين التى تخاطبها أو تتفق وطبيعة هذه الوظيفة[1]. وعلى ذلك يجوز للإدارة أن تستبعد كلية تطبيق أحكام القانون الخاص كالقانون المدنى والقانون التجارى، على أساس أن هذه القوانين لا تتلاءم ونشاطها الإدارى، وبالتالى تعمل على تطبيق قواعد وأحكام أخرى مغايرة تتماشى وطبيعة هذا النشاط، ما لم يكن فيها من القواعد القانونية ما يدخل هذا النشاط فى نطاق تطبيقها. ومع ذلك فليس هناك ما يمنع الإدارة من الالتجاء باختيارها إلى بعض قواعد القانون الخاص إذا قدرت أنها تتلاءم مع هدفها المراد تحقيقه.

ولما كانت القوانين تلى القواعد الدستورية من حيث المرتبة، فإنه يجب على السلطة التشريعية عندما تسن القوانين أن تقرها على مقتضى أحكام

---

(١) الأستاذ الدكتور محسن خليل: المرجع السابق ص ٢٠.
الأستاذ الدكتور ماجد الحلو: المرجع السابق ص ١٩.

الدستور نصاً وروحاً، فإذا تجاوزت فيما تسنه من قوانين حدود المبادئ الدستورية المقررة فى الدولة، عد ذلك انحرافاً منها فى أدائها لوظيفتها، واعتبر تشريعها المخالف للدستور قانوناً غير دستورى، ويحق للقضاء فى الدول التى تخول للقضاء حق مراقبة دستورية القوانين، كما هو الحال فى مصر، أن يعلن عدم دستورية هذا القانون، وذلك وفقاً للتنظيم المقرر لذلك، كما تبطل بالتالى كافة القرارات الإدارية المستندة إليه.

الحدود الدستورية للسلطة التشريعية:

ينص الدستور المصرى فى المادة ٨٦ من دستور ١٩٧١ [١] على أن "يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ... وذلك على الوجه المبين فى الدستور"، ومن ثم فإن مجلس الشعب وهو السلطة التشريعية فى مصر حالياً، يتولى الوظيفة التشريعية وحده كأصل عام، حيث لم يرد فى أى نص من نصوص الدستور ما ينقل هذة السلطة إلى غير مجلس الشعب.

والقاعدة أن لمجلس الشعب أن يتناول بالتنظيم كافة المسائل التى يرى ضرورة التدخل لتنظيمها، فيقرر ما يشاء من التنظيم الملائمة دون قيود، وفى الوقت الذى يراه مناسباً لهذا التدخل، غير أنه يلاحظ أن للمشرع الدستورى أن يقيد اختصاص مجلس الشعب بوظيفة التشريع ببعض القيود ومثال ذلك ما نص عليه دستور ١٩٧١ من قيود على النحو التالى:

أولاً: حظر الدستور تنظيم بعض الموضوعات هى: إنشاء الرتب المدنية، المصادرة العامة للأموال، وإبعاد المواطنين عن البلاد أو منعهم من العودة إليها، تسليم اللاجئين السياسيين، تحصين الأعمال والقرارات الإدارية من رقابة القضاء، وعزل القضاة.

---

(١) تنص المادة ٣٣ من الإعلان الدستورى الصادر بتاريخ ٢٠١١/٣/٣٠ على أن "يتولى مجلس الشعب فور انتخابه سلطة التشريع ...."، أما مجلس الشورى فليس له وفقاً للمادة ٣٧ من هذا الإعلان أية سلطة أو اختصاص تشريعى، إذ تنحصر اختصاصاته فى الدراسة والاقتراح وإبداء الرأى لرئيس الجمهورية ومجلس الشعب.

ثانياً: فرض هذا الدستور بعض القواعد الموضوعية على المشرع لدى تنظيمه لبعض الموضوعات، ومن أمثلة هذه القيود:

١- تفرض المادة ١٣ على المشرع عند تنظيم موضوع فرض العمل جبراً على المواطنين، أن يكون ذلك لأداء خدمة عامة وبمقابل عادل.

٢- تقيد المادة ٣٤ سلطة نزع الملكية الخاصة بأن يكون للمنفعة العامة ومقابل تعويض.

٣- تحدد المادة ٣٥ سلطة التأميم بأن يكون لاعتبارات الصالح العام ومقابل تعويض.

ثالثاً: أوجب دستور ١٩٧١ تدخل مجلس الشعب على نحو إلزامى لتنظيم بعض الموضوعات، فالأصل أن للمشرع حرية اختيار الوقت الملائم للتدخل فى تنظيم الموضوعات والمسائل التى ينبغى التدخل بشأنها، حتى ولو كانت هذه الموضوعات مما تدخل فى النطاق المحتجز له، لأن احتجاز بعض الموضوعات للقانون لا يتطلب بالضرورة تدخل البرلمان بتنظيمها، غير أننا نعتقد بوجود بعض الموضوعات التى لا يكون للمشرع حرية التدخل بشأنها أو عدم التدخل وهى موضوعات لم يكتف الدستور باحتجازها للقانون، وإنما تطلب علاوة على ذلك أن يتدخل القانون "لكفالتها" أو "لضمانها" ومثال ذلك ما ورد فى المادة ١٦٩ من الدستور التى تنص على أن "حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول. ويكفل القانون لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم"، ففى تقديرنا أن هذا النص يفرض على المشرع التدخل لكفالة ما نص عليه بمعنى أنه ليس للمشرع حرية التدخل بتنظيم هذا الموضوع أو عدم التدخل بشأنه[1].

ومن ناحية أخرى، فإن حرص المشرع الدستورى على كفالة "القانون" لحق من الحقوق أو حرية من الحريات، يعنى أيضاً ضرورة كفالة ما يشير إليه

---

(١) للمزيد من التفاصيل راجع رسالتنا للدكتوراه سالفة الذكر – ص ١٢٢ – ١٢٣، وكذا "اللوائح الإدارية" سالف الذكر – ص ١٢٥ وما بعدها.

الدستور من ضمانات وأسس وقواعد تتصل بكفالة هذا الحق أو تلك الحرية. فمثلاً إذ تنص المادة ٥٦ من الدستور على أن "إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطى حق يكفله القانون ..."، فإن السلطة التشريعية تكون – وفقاً لهذا النص – ملزمة بالتدخل لكفالة حق إنشاء النقابات والاتحادات، وبشرط أن تستهدف من تدخلها تحقيق الأساس الديمقراطى المشار إليه فى هذه المادة، وهو ما يعنى أن الانتخاب هو الوسيلة الوحيدة لتكوين التشكيلات النقابية ضماناً لمبدأ الديمقراطية النقابية الذى كفله المشرع الدستورى لأول مرة فى مصر فى نص المادة ٥٦ من دستور ١٩٧١.

ولذلك كان منطقياً أن تحكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر بعدم دستورية القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١ ببعض الأحكام الخاصة بنقابة المحامين تأسيساً على أن "المشرع الدستورى إذ نص فى المادة ٥٦ من الدستور على أن إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطى حق يكفله القانون، إنما عنى بهذا الأساس توكيد مبدأ الحرية النقابية بمفهومها الديمقراطى الذى يقضى من بين ما يقضى به – أن يكون لأعضاء النقابة الحق فى أن يختاروا بأنفسهم وفى حرية، قياداتهم النقابية التى تعبر عن إرادتهم وتنوب عنهم، الأمر الذى يستتبع عدم جواز إهدار هذا الحق بحظره أو تعطيله ... ومن ثم تكون هذه المادة قد وضعت قيداً يتعين على المشرع العادى أن يلتزم به مؤداه ألا يتعارض ما يسنه من نصوص تشريعية فى شأن النقابات مع مبدأ الحرية النقابية بمفهومها الديمقراطى الذى سلف بيانه" [(١)].

---

(١) المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٨٣/٦/١١ قضية رقم ٤٧ لسنة ٣ ق دستورية، المحاماة السنة ٦٣ – ١٩٣ – العددان ٥ و٦ (العدد الوثائقى) ص ١٧٩، وراجع أيضاً فى ذات العدد ص ٢٢٣ حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٨٣/٧/٥ قضية رقم ٣٩٤٩ لسنة ٣٧ق حيث استندت فيه لحكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه لإثبات ما تراءى لها من عدم دستورية القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون المحاماة.

وعليه فإنه إذا كانت سلطة التشريع هى فى الأصل سلطة تقديرية[1]، إلا أنها تخضع لما يورده الدستور من قيود محددة على نحو ما بيناه.

ومن هنا تظهر مدى الحاجة إلى تنظيم الرقابة على دستورية القوانين، إذ لا شك أن الرقابة على دستورية القوانين تنطوى على ضمان فعال لمبدأ المشروعية، علاوة على أنها تؤكد تدرج القواعد القانونية فى الدولة، بالمحافظة على تقيد التشريع الأدنى بالأعلى منه فى المرتبة القانونية.

ومن الثابت أنه يلزم فرض الرقابة على السلطة التشريعية فيما تسنه من قوانين لمراقبة مدى اتفاق أو تعارض هذه القوانين مع الحدود الدستورية المقررة، ومع ذلك – ففى تقديرنا – واتفاقاً مع الدكتور عبد الرزاق السنهورى – أنه ينبغى علاوة على ما تقدم، فرض الرقابة على القوانين ليس بصدد مدى مخالفتها لنصوص الدستور فحسب، بل وبشأن الهدف المبتغى من القانون، إذ يتعين أن يستهدف التشريع المصلحة العامة وإلا كان باطلاً، فإذا ما حادت السلطة التشريعية عن المصلحة العامة واستهدفت مصالح خاصة، كأن استهدفت القضاء على معارضة أحزاب الأقلية فى المجلس أو الحد من فعاليتها، أو قصدت من وراء تشريعها تحقيق رغبات للسلطة التنفيذية أو لحزب الأغلبية فى البرلمان بعيدة عن الصالح العام، فإن التستر وراء مبدأ المشروعية أو سيادة القانون لن يمنع فى هذه الحالة من تقرير انحراف السلطة التشريعية لمخالفتها روح الدستور، مثلها فى ذلك مثل السلطة التنفيذية التى يمكن للقضاء الإدارى الغاء قراراتها فى حالة إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، وكذلك الأفراد فى حالة تعسفهم فى استخدام الحق أو الغلو فيه[2].

---

(١) المحكمة العليا فى ١٩٧٢/٧/١ دعوى رقم ٤ لسنة ٢ق عليا دستورية، المجموعة – القسم الأول – ص ١٠٨.

(٢) أثار موضوع انحراف السلطة التشريعية بعض الجدل فى مصر، ففى مقال للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى حول مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية بمجلة مجلس الدولة السنة ٣ ص ١، قرر أن التشريع يجب أن يستهدف المصلحة العامة وإلا كان باطلا. وقد ناقش بعض الفقهاء فى مصر هذا الرأى ولم ينكر أحد منهم إمكانية انحراف السلطة التشريعية.

بيد أن موقف القضاء الدستورى فى مصر، اختلف بين المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا، وخاصة فى أحكامها الحديثة حيث قضت المحكمة العليا منذ نشأتها بأنه "لا تمتد ولاية المحكمة إلى مناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التى حملت السلطة التشريعية على إقراره، لأن ذلك كله مما يدخل فى صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق" (١). وفى تقدير المحكمة أنه "إذا كانت الرقابة القضائية على دستورية التشريع لا تمتد إلى ملاءمة إصداره، باعتبار أن ملاءمة التشريع هى أخص مظاهر السلطة التقديرية للشارع، إلا أن ذلك لا يعنى إطلاق هذه السلطة فى سن القوانين دون تقييد بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور والتى يتعين التزامها وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور" (٢).

والواقع أننا نرى أن عدم التزام السلطة التشريعية بتحقيق المصلحة العامة من القوانين التى تتولى سنها، يؤدى إلى فقدان عمل هذه السلطة صفة القانون أو طبيعة التشريع، ومن ثم فهو خروج عن وظيفتها المقررة دستورياً فى المادة ٨٦ من الدستور، والتى تنص على أن يتولى مجلس الشعب – وهو السلطة التشريعية فى مصر – سلطة التشريع، وبالتالى يعد عمل أو تصرف هذه السلطة غير دستورى بل ومنعدماً لخروجه عن الوظيفة التشريعية.

وآية ذلك أن القانون بإجماع الفقه والقضاء بل وغير المتخصصين، يتميز بخصيصتين أساسيتين هما: العمومية والتجريد. وإذ تعنى العمومية أن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصاً معيناً بالذات أو حالة محددة بعينها، فإن التجريد هو الذى يضفى على القاعدة القانونية صفة العموم، إذ أنه يعنى أن

---

(١) المحكمة العليا فى ١٩٧٢/٤/١ دعوى رقم ١١ لسنة ١ ق عليا دستورية، وحكمها فى ١٩٧٥/٦/٧ دعوى رقم ٢ لسنة ٣ق عليا دستورية – المجموعة – القسم الأول – ص ٣١٤.

(٢) المحكمة العليا فى ١٩٧٦/٧/٣ دعوى رقم ٥ لسنة ٥ق عليا دستورية، المجموعة – القسم الأول – ص ٤١٤. وعلى خلاف ذلك راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٦٤/٤/١١ قضية ١١٩٨ لسنة ٩ق، مجموعة السنوات العشر الأولى – ص ٤٤٩، وفى المجموعة السنة ٩ العدد الثانى رقم ٨٠ ص ٩٢٠.

القاعدة القانونية لم توضع لتطبق على شخص معين أو على واقعة محددة، وإنما وضعت بطريقة مجردة عن الاعتداد بأى شخص أو بأى واقعة.

وجدير بالتنويه أن الهدف من القول بأن قواعد القانون ينبغى أن تكون عامة مجردة، هو تحقيق المساواة بين الناس أمام القانون، ومنع التحيز لمصلحة شخص معين أو ضد شخص معين، فلئن بدت فكرة العمومية والتجريد فكرة فنية مرتبطة بصياغة القاعدة القانونية، إلا أنها تعتمد على فكرة فلسفية سياسية مسبقة هى فكرة المساواة أمام القانون، وكذلك مبدأ سيادة القانون [1].

وعليه فإنه إذا استهدف القانون تحقيق مصالح خاصة، فإنه يفقد صفته كقواعد عامة مجردة، وبالتالى لا يجوز إطلاق صفة التشريع أو القانون على مثل هذا التصرف، الذى يعد فى هذه الحالة غير دستورى لمخالفته نص المادة ٨٦ سالفة الإشارة.

أما عن موقف المحكمة الدستورية العليا، فإنها ترددت فى إقرار حقها فى بحث عيب الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية، استناداً على أن الطعن بعيب الانحراف هو طريق طعن احتياطى فى القانون، نظراً لما ينطوى عليه من دقة وخطورة ونظرة فاحصة مدققة لإزالة الأستار والحجب التى تخفى نوايا الشارع ومقاصده التى يسعى إلى تحقيقها، والتفتيش وراء ظاهر النصوص للبحث والتنقيب عن الأغراض والبواعث الحقيقية التى حملت الهيئة التشريعية على إقرار التشريع المعيب، ولذلك رأت المحكمة أن من الملائم بحث مدى دستورية القانون محل الطعن فى ضوء الأوجه الأخرى التى قد ينعيها المدعون على هذا القانون، فقد يغنى إثبات مخالفة هذا القانون للدستور لوجه أو أكثر منها عن التعرض لبحث الطعن بعيب الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية بصدد هذا القانون، كما أن المحكمة العليا لم ترفض مبدأ الاحتجاج بعيب الانحراف كوجه من الأوجه التى تعيب القانون من الناحية

(١) الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق – ٣٩.

الدستورية، وإنما قامت بمناقشة الأسانيد التى يرتكن إليها الطاعن لإثبات هذا العيب، وإن انتهت إلى رفض الاحتجاج به لانتفاء الدليل على أن "القانون المطعون فيه لم يستهدف الصالح العام وإنما صدر بقصد الانتقام والكيد ..." [(١)].

غير أن المحكمة الدستورية العليا ذهبت أخيراً، بشأن القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية والمعروف باسم قانون العزل السياسى، وبعد أن استعرضت مخالفة هذا القانون لنحو تسعة مبادئ ونصوص دستورية من حيث المحل، إلا أنها قضت فى النهاية بأنه " ولئن كانت كل مخالفة دستورية اعتورت ذلك النص على نحو ماتقدم، تكفى بذاتها لإبطاله، إلا أن اجتماع تلك المثالب الدستورية، مع عدم خفاء أمرها على أعضاء المجلس التشريعى – على ما كشفت عنه مضابط مجلس الشعب ذات الصلة – واتجاه المجلس فى غالبيته لتجاهلها، وإقراره لمشروع القانون، ما يجافى – عن قصد – الأغراض التى كان يجب أن يتوخاها التشريع، وهو الأمر الذى يفقده عموميته وتجريده، ويوصمه – بالتالى – بعيب الإنحراف التشريعى" [(٢)].

وعلى ذلك، فإن السلطة التشريعية عند ممارستها لسلطة التشريع، ليست – فى تقديرنا – حرة فى تحديد أهدافها، أو المبادئ التى ترغب فى تحقيقها، إذ أنها كسلطة عامة تلتزم بتحقيق المصلحة العامة وليس لها إلا ذلك. فنشاط السلطة العامة – على خلاف النشاط الفردى – هو نشاط عام يندرج ضمن موضوعات القانون العام، ومن ثم يجب أن تحركه المصلحة العامة، إذ أن ما تتمتع به هذه السلطات من امتيازات ليس لها من غرض إلا تمكين السلطة العامة من تحقيق الصالح العام.

---

(١) المحكمة العليا فى ١٩٧٥/٦/٧ دعوى رقم ٢ لسنة ٣ ق دستورية – المجموعة – القسم الأول – رقم ٢٩ – ص ٢١٤.

(٢) حكمها فى ٢٠١٢/٦/١٤ فى القضية ٥٧ لسنة ٣٤ ق. دستورية.

ولذلك فمن الضرورى وضع قيود لضمان عدم إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، فالسلطة فى حد ذاتها خطرة على من هى فى أيديهم، مما يجعل من الضمانات التى تحول دون إساءة استعمالها أمراً لا غنى عنه.

وتأسيساً على ما تقدم أخضعت المحكمة الدستورية العليا السلطة التشريعية للرقابة على دستورية ما تصدره من قوانين، استناداً إلى مبدأ المشروعية وما يترتب عليه من ضرورة التزام القواعد القانونية الأدنى باحترام القواعد القانونية الأعلى، مهما بلغت سلطتها التقديرية من مدى واسع، فليس ثمة جدال أو شك فى أن السلطة التقديرية هى سلطة قانونية، وليست سلطة مطلقة أو تعسفية، فهى ولئن كانت تخول المشرع حق الاختيار بين بديلين أو أكثر، إلا أنها مقيدة فى هذا الاختيار بأن تلجأ إلى البديل الأكثر ملاءمة، ليكون اختيارها متفقاً مع الدستور، ومن هنا فهى تخضع للرقابة القضائية للتحقق من أن مباشرة هذه السلطة قد أسفرت عن اتخاذ العمل المناسب والملائم وفقاً للظروف المحيطة بموضوع هذا العمل. والحقيقة التى يتعين أن نعيها، خلافاً للفقه السائد، أن تخلى المشرع الدستورى عن تقييد السلطة التشريعية بصدد موضوع ما، لا يفيد حتماً تمتعها بسلطة تقديرية مطلقة بشأن تنظيمه، فالدستور وطابعه الإجمال فى الصياغة لا يمكن له أن يضع للمشرع القيود اللازمة بصدد كافة الموضوعات التى تدخل فى نطاق التشريع، وهى غير محددة على سبيل الحصر، ومن ثم فإن هذا التخلى عن التقييد لا يكون دوماً على سبيل العمد، بهدف منح المشرع حرية التقدير، وإنما قد يكون بسبب العجز عن وضع القيود الخاصة بتنظيم الموضوع.

وعلى ذلك فإن تخلى المشرع الدستورى عن تقييد السلطة التشريعية لا يستتبع حتماً تخلى القضاء الدستورى عن ممارسة وظيفته فى الرقابة على القانون الذى باشرت من خلاله السلطة التشريعية حرية تقدير ملاءمته، إذ يظل للقضاء الحق فى التحرى عما إذا كان المشرع قد قام بتقدير مناسبة العمل وملاءمته، وفقاً لأسس موضوعية أم لا، فإذا تبين له عدم الملاءمة الظاهرة فى

هذا القانون، جاز له أن يعتد بهذه القرينة باعتبارها دليلاً على وقوع الانحراف بالسلطة وإساءة استعمالها، والقاضى هنا لا يحكم بعدم دستورية القانون لعدم ملاءمته، فهو لا يملك ذلك، ولكنه يملك الحكم بعدم الدستورية للانحراف بالسلطة إذا توافر الدليل عليه، ومن ذلك قرينة عدم الملاءمة الظاهرة، التى يحق له فحصها إذا كانت الطريق الوحيد للتوصل إلى عيب الانحراف التشريعى [1].

ومن أهم هذه الحدود والضوابط الدستورية التى استقر عليها القضاء الدستورى ما يلى:

١- ألا يكون التنظيم التشريعى للحق مؤدياً إلى مصادرته أو منطوياً على اغتيال وجوده والنيل منه والعصف به بنقضه وإهداره، أو بالانتقاص منه، أو عن طريق تقليص فعاليته بما يحد منه [2].

٢- ألا تؤول السلطة التقديرية إلى التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة، بما يخل بالأسس الموضوعية التى يتعين أن يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً، وإلا أصبحت سلطة تحكمية وبالمخالفة لمبدأ المساواة [3].

٣- لا يجوز للمشرع فى إطار المفاضلة بين البدائل المختلفة، وهى جوهر السلطة التقديرية، والتى تتزاحم فيما بينها، فى تقديره، على تنظيم موضوع محدد، أن يختار من بينها إلا ما يكون منها عنده مناسباً أكثر من غيره

---

(١) راجع أحكام المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٧٧/٢/١ قضية ٧ لسنة ١٦ق. دستورية، و١٩٩٨/٣/٧ قضية ١٢١ لسنة ١٨ق. دستورية.

(٢) أحكام ١٩٩٣/٥/١٥ قضية ١٨ لسنة ١٣ق. دستورية، و١٩٩٦/٥/١٨ قضايا ٨ و١٣ و٣٨ لسنة ١٧ق. دستورية. و١٩٩٧/٥/١٧ قضية ٤٧ لسنة ١٨ق. دستورية، و١٩٩٨/٦/٦ قضية ١٥٢ لسنة ١٨ق. دستورية، و ٢٠١٢/٦/١٤ سالف الإشارة، ووفقاً لهذا القضاء فإن "إهدار الحقوق التى كفلها الدستور أو تهميشها أو إغراقها من خلال تنظيمها، هو عدوان على مجالاتها الحيوية التى لا تتنفس إلا من خلالها، فلا يجوز أن يكون تنظيمها اقتحاماً لفحواها بل يتعين أن يكون منصفاً ومبرراً".

(٣) أحكام ١٩٩٣/١٢/٦ قضية ٤٣ لسنة ١٣ ق. دستورية، و١٩٩٤/٦/٢٠ قضية ٣٤ لسنة ١٣ ق. دستورية، و١٩٩٥/٩/٢ قضية ١٤ لسنة ١٧ ق. دستورية، و٢٠١٢/٦/١٤ قضية ٢٠ لسنة ٣٤ ق. دستورية (قضية حل مجلس الشعب).

لتحقيق الأغراض التى يتوخاها، وأكفلها للوفاء بأكثر المصالح وزناً أو ثقلاً فى مجال إنفاذها[1]، وبحسب هذا القضاء يلزم أن يكون التنظيم التشريعى مرتبطاً منطقياً بهذه الأغراض ليكون موافقاً للدستور، كما يتعين اختيار أكثر البدائل ملاءمة للوفاء بمتطلباتها وأنسبها لمصلحة الجماعة وبما لا يناقض الصالح العام.

٤- يتعين فى ممارسة حرية التقدير أن يستلهم المشرع أغراضاً يقتضيها الصالح العام فى شأن الموضوع محل التنظيم التشريعى، وأن تكون وسائلها إلى تحقيق هذه الأغراض المشروعة التى حددتها مرتبطة عقلاً بها[2]، ومقتضى هذا القضاء أنه يلزم أن تتوافر علاقة منطقية بين الأغراض المشروعة التى اعتنقها المشرع فى موضوع محدد، وفاءً بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التى اتخذها طريقاً لبلوغها، فلا تنفصل النصوص القانونية التى نظم بها هذا الموضوع عن أهدافها، بل يجب أن تعد مدخلاً إليها.

٥- إن إقرار السلطة التشريعية للنصوص القانونية لا يعصمها من الخضوع للرقابة على دستوريتها، وهى رقابة غايتها إبطال ما يكون منها مخالفاً للدستور، ولو كان ذلك من زاوية الحقوق التى أهدرتها ضمناً، سواء كان إخلالها بها مقصوداً إبتداء، أم كان قد وقع عرضاً، وفى ذلك تؤكد المحكمة على أن "الدستور لا يدعو بالنصوص التى يتضمنها، لأمر يكون مندوباً، بل يقرر بها ما يكون لازماً، فلا يكون المشرع بالخيار بين تطبيقها أو إرجائها، بل يتقيد بها بالضرورة فلا يتخطاها أو يميل انحرافاً عنها، كذلك فإن القيود التى يفرضها الدستور على المشرع، هى التى تحدد نطاق السلطة التقديرية التى يملكها فى موضوع تنظيم الحقوق، فلا تكون

(١) أحكام ١٩٩٧/٧/٥ قضية ٢٤ لسنة ١٨ق. دستورية، و١٩٩٨/٦/٦ سالف الإشارة.
(٢) أحكام ١٩٩٥/١/١٤ قضية ١٦ لسنة ١٧ق. دستورية. و١٩٩٥/٨/٥ قضية ٨ لسنة ١٦ق. دستورية. و١٩٩٦/٥/٤ قضية ٦ لسنة ١٧ق. دستورية.

ممارستها انفلاتاً من كوابحها أو إخلالاً بضوابط تنظيمها، فمن غير المتصور أن يكون التقيد بنصوص الدستور عائداً لمحض تقدير المشرع، ومحدداً على ضوء المصالح التى يستنسبها" (١).

٦- الإلتزام عند مباشرة السلطة التقديرية للمشرع بمبادئ التناسب والمعقولية واللزوم، وبضرورة إنتهاج الوسائل القانونية السليمة كقيد موضوعى وإجرائى على سلطة التشريع، وباعتباره كذلك من المبادئ المستقرة بين الدول، وبالتالى يعد غير دستورى التشريع الذى يناقض هذا الشرط.

وتعتبر هذه المبادئ أهم وأخطر القيود التى يفرضها القضاء الدستورى على السلطة التقديرية للمشرع، ومعظمها لم يرد بشأنها نص صريح فى مواد الدستور، فمن الواضح فى عشرات الأحكام القضائية للمحكمة الدستورية العليا أنها تضفى على مبادئ التناسب والمعقولية أو المنطقية أو القبول الاجتماعى – كما ورد فى بعض أحكامها – وذلك بصدد العلاقة بين الوسائل التى يختارها المشرع والأغراض التى يتوخاها من التشريع والتى تهدف فى النهاية إلى تحقيق الصالح العام، قيمة دستورية ملزمة، بما مؤداه أن الخروج عليها، وكذلك مبدأ اللزوم – أى ضرورة الإجراءات التى يتضمنها التنظيم، سيما تجاه الحقوق والحريات العامة، للوفاء بهذه الأغراض وهدف المصلحة العامة – يؤدى إلى وقوع مخالفة الإنحراف بالسلطة التشريعية، أو بالأحرى الإنحراف بالسلطة التقديرية للمشرع، مما يحول هذه المبادئ إلى قرائن لإثبات هذا العيب، على حين أنها تعد أصلاً من المبادئ القانونية العامة الملزمة التى تؤدى مخالفتها إلى عدم دستورية التشريع من حيث محله أو مضمونه وليس من حيث هدفه أو غايته، ولا ريب لدينا فى أن هذا التأصيل الذى نراه، يتوافق مع قضاء المحكمة ذاتها بأنها لا يجوز لها أن "تزن بمعاييرها الذاتية السياسة التى انتهجها المشرع فى موضوع معين، ولا أن تناقشها، أو تخوض فى ملاءمة تطبيقها عملاً، ولا

(١) حكم ١٩٩٧/٨/٢ قضية ١١٦ لسنة ١٨. دستورية، وحكم ١٩٩٥/١٢/٢ قضية ٣٣ لسنة ١٥ق. دستورية.

أن تنحل للنص المطعون فيه أهدافاً غير التى رمى المشرع إلى بلوغها، ولا أن تقيم خياراتها محل عمل السلطة التشريعية، أو أن تحدد ما إذا كان التنظيم التشريعى المعروض عليها لازماً، وما إذا كان إقراره فى مناسبة بعينها ملائماً، وليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون عليها إلى أحكام الدستور، لا أن تخوض فى بواعثها أو تناقش دوافعها" [1].

المبحث الثالث
القواعد اللائحية

القواعد اللائحية أو اللوائح هى قرارات إدارية تتضمن قواعد عامة مجردة وغير شخصية، وتختص السلطة التنفيذية بإصدار هذه اللوائح استناداً إلى الدستور، حيث أن السلطة اللائحية هى سلطة استثنائية فى ميدان التشريع يلزم لكى تكون مشروعة أن تستند إلى أساس دستورى.

وتتميز اللوائح بصدورها عن سلطة إدارية، باعتبارها ممارسة لسلطة عامة، ويعتبر هذا العنصر المعيار المعول عليه فى التمييز بين القانون الذى يختص البرلمان بإقراره واللائحة التى تختص السلطة التنفيذية بوضعها.

ومن ناحية أخرى تتصف القواعد اللائحية بالعمومية والتجريد مما يميزها عن القرارات الإدارية الفردية الصادرة من الإدارة مثلها فى ذلك مثل اللائحة. كما تتمتع اللائحة بقوة الإلزام باعتبارها عملاً قانونياً يعبر عن إرادة الإدارة فى إحداث أثر قانونى أو تعديل فى المراكز القانونية، مما يؤدى إلى خروج كافة الأعمال المادية من دائرة اللوائح حتى وإن كانت جزءً من عملية

---

(١) حكم ١٩٩٥/٩/٢ قضية ١٤ لسنة ١٧ق. دستورية، و١٩٩٧//٢٢ قضية ٩ لسنة ١٨ق. دستورية، و١٩٩٥/١/١ قضية ١٦ لسنة ١٥ق. دستورية. وعموماً فمن المستقر عليه فى القضاء الدستورى – وكذلك الإدارى – أن عدم التناسب الظاهر، أو التعادل الظاهر كما تقول المحكمة، أو عدم الملاءمة، أو عدم الملاءمة الظاهرة والتى يطلق عليها فى فرنسا اصطلاح "الخطأ الظاهر فى التقدير"، وكذلك إنعدام الدافع المعقول، يؤدى إلى عدم دستورية النص المشوب بهذه الصفة – راجع حكميها فى ١٩٩٧/٩/١٥ قضية ٤٨ لسنة ١٨ ق. دستورية، و٢٠٠٠/٧/٨ قضية ٥٢ لسنة ٢٠ق دستورية.

إدارية، كذا التصرفات التى ليست لها آثار قانونية والتى يقصد بها إعلان وجهة نظر الإدارة فى صورة آراء أو إدعاءات أو مزايا أو مقاصد أو رغبات وتوجيهات، ومثال ذلك الإجراءات والتدابير التنظيمية الداخلية كالمنشورات والتعليمات المصلحية التى توجهها السلطات الرئاسية فى الإدارات والمصالح إلى مرؤوسيهم، فلا تدخل هذه الأعمال ضمن اللوائح باعتبارها لا تحقق أثراً قانونياً بذاتها.

وتعد اللوائح عنصراً من عناصر المشروعية، باعتبارها أحد مصادر القواعد القانونية فى نظامنا القانونى، وفقاً للدستور الذى يعترف بحق السلطة التنفيذية بإصدارها فى حالات متعددة، وبالتالى فإنها تكون واجبة التطبيق ما دامت مشروعة، أى لم تخالف مبدأ المشروعية فى أى من النتائج المترتبة عليه وخاصة إذا حاولت السلطة المختصة بإصدار اللوائح تجاوز الحدود والقيود المفروضة عليها فى ممارستها لتلك السلطة طبقاً للدستور.

ومن هنا تمثل اللوائح من ناحية، أحد عناصر المشروعية مما يوجب إدراجها فى التنظيم القانونى للدولة وتطبيقها فيها، كما تمثل من ناحية أخرى، سلطة إدارية تخضع لمبدأ المشروعية وحدوده وقيوده، وخاصة ما يترتب على تدرج القواعد القانونية من نتائج، وإلا تعرضت للرقابة الفعالة على مشروعيتها لضمان عدم تجاوزها للحدود التى يفرضها الدستور أو القانون عليها، سواء صدرت هذه اللوائح فى الظروف العادية أم فى الظروف الاستثنائية.

المطلب الأول
المرتبة الإلزامية للوائح فى الظروف العادية

تعتبر اللوائح من أهم وسائل الإدارة اللازمة لمباشرة أوجه نشاطها المختلفة. وتعد اللائحة عملاً إدارياً طبقاً للمعيار العضوى المأخوذ به فقهاً وقضاءً، فى حين أنها من وجهة النظر الموضوعية، تعد عملاً تشريعياً حيث أن طبيعة القواعد القانونية التى تتضمنها هى قواعد عامة مجردة شأنها فى ذلك

شأن القوانين ومن ثم فهى تعد أحد عناصر البناء القانونى فى الدولة، وبالتالى تحتم اعتبارها أحد عناصر المشروعية.

وبالرغم من اتفاق اللائحة موضوعياً مع القانون، فإنها لا تتساوى معه من حيث القوة الإلزامية، إذ أن القانون يعتبر أقوى من اللائحة، لأنه يضع قواعد تسرى على السلطات الإدارية ذاتها، وبالتالى يحكم حقها فى عمل اللوائح، وهو ما يتحقق على الأخص بالنسبة للوائح التى تصدر فى ظل الظروف العادية.

ولذلك تأتى اللوائح فى سلم التدرج التشريعى بعد القانون، ومن ثم فإن قواعد الدستور والقانون تعلو جميعها ما يرد فى اللوائح من قواعد، وبالتالى يتحتم على اللائحة تطبيقاً لمبدأ المشروعية أن تحترم هذه القواعد القانونية بأن تعمل فى دائرتها دون أن تخالفها، وذلك من حيث إجراءات وضعها ومن حيث مضمونها، فإذا تجاوزت اللائحة هذه الحدود المرسومة لها انقلبت إلى عمل غير مشروع لخروجه على مبدأ المشروعية، وبالتالى تصبح محلاً للطعن فيها أمام الجهة المختصة لتصحيح الوضع الخاطئ وحماية المشروعية، وهى السلطة القضائية، وذلك ما لم تنتبه الإدارة لذلك وتقدم على تصحيح خطئها من تلقاء نفسها حرصاً منها على مبدأ المشروعية، بفرض أن الإدارة فى هذه الحالة حسنة النية يهمها سلامة تصرفاتها وانسجامها مع الوضع القانونى فى الدولة واتفاقها مع مبدأ المشروعية، ولهذا فإنها تبادر إلى الغاء اللائحة أو سحبها أو تعديلها حسب الظروف، بقصد تصحيح الوضع الخاطئ الناجم عن صدور اللائحة غير المشروعة.

ويلاحظ أنه بالرغم من أن اللوائح من عمل الإدارة، وأنها تستطيع الغاء اللائحة أو سحبها أو تعديلها، إلا أنها ملزمة بالخضوع لأحكامها طالما استمرت قائمة مطبقة، وكذلك كل جهة يمنحها القانون اختصاصاً فى شأن تنفيذها حتى لو

كانت تلك الجهات أعلى فى الدرجة من التى أصدرت اللائحة[1]. ومن ثم فليس للإدارة أن تصدر قرارات فردية مخالفة لتلك اللوائح وإلا كانت غير مشروعة.

ويكتسب القرار اللائحى قوته الملزمة بمجرد صدوره بتوقيعه ومن ثم نفاذه بعد العلم به، ولذلك فإن هذه القوة الملزمة للائحة لا تسرى فى حق الغير إلا نتيجة لنشر كاف لها يجعلها معلومة للجميع وبالتالى يبدأ سريانها فى حقهم، ذلك لأن اللائحة بمجرد توافر شروط نفاذها بتوافر جميع عناصرها، وذلك إذا صدرت ممن يملك الحق فى إصدارها وفى الشكل الذى يتطلبه القانون لتحقيق أثر قانونى مشروع وجائز قانوناً، وبهدف تحقيق المصلحة العامة، فإنها بذلك تسرى فى حق الإدارة ذاتها[2] ولكنها لا تكون نافذة تجاه الغير إلا بعد إشهارها ووصول العلم بها إليهم.

وإذا كان الأصل أن تاريخ نفاذ اللوائح مرتبط كقاعدة عامة بتاريخ صدورها، فإن الإدارة فى بعض الحالات قد ترى – لأمر ما – أن تفصل بين هذين التاريخين، بإرجاع آثار اللائحة إلى تاريخ سابق على تاريخ صدورها (وهو ما يسمى برجعية اللائحة) أو على العكس بإرجاء آثارها إلى تاريخ لاحق لتاريخ صدورها (وهو ما يسمى بإرجاء آثار اللائحة للمستقبل)، وذلك فى الحدود المقررة قانوناً لذلك[3].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٥٥/١١/٥ قضية ١٩٥ لسنة ١ق، المجموعة ١ لسنة ١ ص ٤١ رقم ٧.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٥٢/١٢/١١ قضية ٤٤٣ لسنة ٥ق، المجموعة السنة ٧ رقم ٨٨ ص ١٣١ وحكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٦٦/٦/١١ قضية ١٠٨٣ لسنة ٨ق، المجموعة السنة ١١ ص ٦٧٧.

(٣) للمزيد من التفاصيل حول موضوع رجعية اللوائح وإرجاء آثارها تراجع رسالتنا سالفة الذكر ص ٦٣ – ٧٧، الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى – المرجع السابق ص ٥٣٨ وما بعدها، الأستاذ الدكتور محمود حلمى – القرار الإدارى – ١٩٧٠ ص ١١٤ وما بعدها علاوة على رسالته فى "سريان القرار الإدارى من حيث الزمان" – القاهرة ١٩٦٢، والدكتور السيد صبرى – "حول رجعية اللوائح"، تعليق بمجلة مجلس الدولة – السنة ٢ ص ٤٣١ – ٤٤٠.

السلطة اللائحية هى سلطة استثنائية:

أوضحنا سلفاً أنه لا يجوز لأى من السلطات المنشأة أن تتجاوز فى ممارسة اختصاصاتها المحددة بالدستور بما يشكل اعتداء على سلطة أخرى، كما يجب على كل سلطة أن تمارس وظيفتها على الوجه المبين فى الدستور. ولما كان مقتضى الأخذ بمبدأ فصل السلطات كأحد المبادئ الأساسية التى يعتنقها المشرع الدستورى تمتع السلطة التشريعية بالوظيفة التشريعية كقاعدة عامة، تطبيقاً للمادة ٨٦ من دستور ١٩٧١ والمادة ٣٣ من الإعلان الدستورى سالف الذكر والتى تنص على أن "يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ...". فإنه يترتب على ذلك أن السلطة التنفيذية لا تستطيع أن تتجاوز حدود وظيفتها الأساسية فى تنفيذ القوانين ولو عن طريق اللوائح بما يشكل ممارسة للوظيفة التشريعية، إلا فى الحدود التى رسمها الدستور، ومن ثم فإن ممارسة التشريع عن طريق اللوائح – أياً كان نوعها أو قوتها القانونية – بواسطة السلطة التنفيذية هو استثناء مقيد تماماً بكل ما ورد فى الدستور من قيود وحدود له ولا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه.

وبالتالى فإذا تجاوزت السلطة التنفيذية الحدود التى رسمها لها الدستور عند ممارستها للسلطة اللائحية، فإنها بذلك تكون قد خالفت مبدأ المشروعية مخالفة جسيمة مما يستوجب ترتيب الجزاء المناسب على هذا التجاوز.

وعليه فإن السلطة اللائحية هى سلطة استثنائية فى ميدان التشريع، يلزم لكى تكون مشروعة أن تستند إلى أساس دستورى. غير أنه ينبغى ملاحظة أن الاستثنائية هنا لا تعنى أن السلطة اللائحية ترتبط بالظروف الاستثنائية، فتدور معها عدماً ووجوداً، لأن ممارسة السلطة اللائحية كما تتم فى الظروف الاستثنائية، تباشر كذلك فى الظروف العادية. ومع ذلك فالأصل أن اللائحة، ولو صدرت فى الظروف العادية، تعتبر أمراً استثنائياً وذلك لأنها تتضمن المساس بمبدأ الفصل بين السلطات الذى يقتضى اختصاص السلطة التشريعية كقاعدة عامة، بالوظيفة التشريعية، ومن ثم تعتبر السلطة اللائحية فى ميدان

التشريع أمراً استثنائياً بغض النظر عن الظروف التى صدرت تلك اللوائح فى ظلها.

ولذلك تحرص الدساتير على تحديد نطاق ممارسة السلطة اللائحية بدقة بالغة فتحدد لكل من القانون واللائحة أو لأحدهما نطاقاً محدداً بحيث لا يجوز لأى منهما أن يتجاوزه، أو على العكس تبيح لأحدهما أن يتجاوز مجال الآخر، وهو ما يحدث غالباً، حيث تميز معظم الدساتير السلطة التشريعية، بأن تحدد نطاقاً محدداً للائحة وتبيح للبرلمان أن يتناول كافة الموضوعات بالتشريع ولو فى النطاق اللائحى، وكل هذا حسب الفلسفة السياسية والقانونية التى يعتنقها المشرع الدستورى فى الدول المختلفة.

وقد أخذت مصر بالقواعد السائدة فى معظم دساتير الدول والتى تعتبر من القواعد التقليدية بصدد العلاقة بين القانون واللائحة، فى حين اعتنقت فرنسا بعض المبادئ الجديدة التى تنظم نطاق القانون واللائحة بأسلوب يغاير تماماً ما استقرت عليه العلاقة التقليدية من أسس.

وقد تبعت فرنسا فى هذا التجديد بعض الدول الأخرى [1]، بحيث يمكن القول أنه بصدد نطاق القانون واللائحة، نشأ نظام جديد يختلف عن النظام التقليدى الذى ما زال سائداً بين الدول الأخرى، مما يثير التساؤل عن أثر هذا النظام الجديد على المرتبة الإلزامية للوائح.

أولاً: نطاق اللائحة فى مصر وفقاً للنظم الدستورية التقليدية:

من المسلم به فى النظم الديمقراطية التقليدية أن البرلمان باعتباره وليد إرادة الأمة وممثلاً لها، فإنه يكون السلطة ذات السيادة فى الدولة على غيرها من السلطات الأخرى.

---

(١) ومثال ذلك الجزائر وفقاً لدستورها الصادر فى ١٩٧٦ والدساتير التالية له، وكذلك المغرب وفقاً لدساتيرها الصادرة فى ١٩٦٢، ١٩٧٠، ١٩٧٢ – أنظر بشأنها: أحمد مجيد بنجلون الدستور المغربى مبادئه وأحكامه ١٩٧٧ ص ١٥٧.

ولما كان الفصل العضوى بين السلطات لا يتطابق دائماً مع الفصل الوظيفى بينها فى معظم الدول، فمن الملاحظ أن السلطة التنفيذية تتمتع غالباً بسلطة التشريع بواسطة اللوائح فى بعض المسائل والأمور. غير أن هذه المسائل وتلك الأمور التى تكون نطاق عمل اللوائح تخضع أيضاً لتدخل البرلمان، الذى يستطيع بصفته ممثلاً لإرادة الأمة التعرض لأى موضوع أياً كان، ويعمل على تنظيمه بالقانون الذى يتضمن القواعد التى تلائم تنظيم وحكم هذا الموضوع، وهذا يعنى بوضوح أنه طبقاً للنظم التقليدية، فإنه لا يوجد نطاق معين للقانون لا يستطيع تجاوزه، وإنما هو يتمتع بالحرية الكاملة فى تنظيم أى موضوع كقاعدة عامة.

أما بالنسبة للائحة، فالأصل أن الدور الطبيعى لها يقتصر على ضمان تنفيذ القوانين، وذلك بتناول التفصيلات والجزئيات والمسائل الفرعية اللازمة لتنفيذ القانون الذى يرى تركها للائحة، وفى هذه الحالة فإن الموضوعات التى تدخل فى نطاق السلطة اللائحية تتطابق مع الموضوعات التى تدخل فى نطاق القانون ذاته، لذا فالأصل بالنسبة للائحة أنه لا يوجد لها نطاق محتجز، كما أنه لا يوجد لها نطاق محدد تستطيع أن تتناول أية مسألة تدخل فيه بالتنظيم اللائحى استقلالاً عن القانون، إلا أنه استثناءً من ذلك، فإن القوانين الدستورية تجيز أحياناً إصدار بعض أنواع من اللوائح "المستقلة" فى بعض الموضوعات المحددة، وذلك لاعتبارات عملية معينة تستوجب السماح للسلطة التنفيذية بهذا الاختصاص، ويقتصر وجه الاستقلال هنا على أن اللائحة التى تصدر فى هذه الموضوعات إنما تصدر استقلالاً عن القانون، ولذا سميت "باللوائح المستقلة" [1].

ومن الملاحظ عملاً، أن العديد من الدساتير تستبعد السلطة اللائحية من ميدان التشريع فيما يتعلق ببعض الموضوعات ذات الأهمية الخاصة بحيث يقتصر العمل والتنظيم فيها على البرلمان وحده، وهو ما يحدث بالنسبة

(١) الأستاذ الدكتور سعد عصفور – النظام الدستورى المصرى ١٩٨٠ ص ١٢٧، ١٢٨.

للموضوعات التى تمس أمن الأفراد وحالتهم مباشرة، أو تلك التى تتصل بحرياتهم مثل تنظيم الحريات العامة وتحديد الجرائم والعقوبات، ومعنى ذلك أن هناك مسائل يقرر الدستور احتجازها للبرلمان بحيث لا يجوز التشريع فيها إلا بقانون، وهو ما يؤدى إلى استبعاد اللائحة تماماً عن تلك الدائرة، فلا يكون لها التشريع بشأنها حتى بصدد المسائل الجزئية الفرعية قليلة الأهمية.

ومن ناحية أخرى، فالبرلمان أيضاً وبإرادته الذاتية أن يتدخل خارج هذا النطاق المحتجز له دستورياً فى أية مسألة أخرى، ويقرر الاستقلال بتنظيمها واستبعاد تدخل السلطة اللائحية بشأنها، باعتباره صاحب الولاية العامة فى التشريع، واستناداً إلى تمتع القانون بقوة إلزامية أعلى من قوة اللائحة.

ويترتب على ذلك أن نطاق القانون يختلف فى مدلوله عن نطاق اللائحة اختلافاً جوهرياً، فإذا كان هذا الأخير يعنى إمكانية عمل اللائحة فى هذا النطاق دون غيره فإن نطاق القانون يعنى عدم إمكانية تدخل اللائحة فيه بأية صورة من الصور، مع الاعتراف للقانون بحرية العمل الواسع داخل وخارج هذا النطاق، أى أن نطاق القانون هو نطاق محتجز له بينما نطاق اللائحة هو نطاق محدد لها.

وقد أخذت الدساتير المصرية المتعاقبة بالعلاقة التقليدية بين القانون واللائحة، بشأن تحديد نطاق كل منهما، فيتولى مجلس الشعب – وهو السلطة التشريعية فى مصر حالياً – الوظيفة التشريعية، وبالتالى فإن القانون أن يتناول بالتنظيم كافة المسائل التى يرى ضرورة التدخل لتنظيمها.

ومن ناحية أخرى، حدد الدستور فى بعض نصوصه عدد من الموضوعات التى ينبغى أن يتم تنظيمها بواسطة القانون وهى الموضوعات التى تمثل النطاق المحتجز للقانون، كما حدد أيضاً الموضوعات التى يمكن التدخل فيها بواسطة السلطة اللائحية.

ويقتصر النطاق المحدد للائحة وفقاً لدستور ١٩٧١ على موضوعات تنفيذ القوانين (م ١٤٤) والضبط (م ١٤٥) والمرافق العامة (م ١٤٦).

أ- اللوائح التنفيذية:

هى تلك اللوائح التى تتضمن الأحكام التفصيلية أو التكميلية اللازمة لتيسير تنفيذ القوانين.

واللوائح التنفيذية بهذا المعنى تعد الصورة الأصلية للسلطة اللائحية حيث يتحقق فيها حكمة منح السلطة التنفيذية الحق فى إصدار اللوائح، وذلك لأن السلطة التشريعية لا تملك عادةً من الوقت والخبرة لشئون التنفيذ والتطبيق ما يمكنها من تحديد الأحكام الجزئية والتفصيلية للمبادئ العامة التى تضعها، أما السلطة التنفيذية فإنها بطبيعة وظيفتها وبحكم اتصالها المستمر بالجمهور أقدر على تعرف التفصيلات اللازمة لوضع هذه المبادئ العامة موضع التنفيذ، ولهذا نجد أن سلطة إصدار اللوائح التنفيذية مسلم بها للإدارة فى جميع الدول حيث تحرص الدساتير دائماً على النص صراحة على هذه السلطة للإدارة[1].

ووفقاً للمادة ١٤٤ من هذا الدستور فإن الاختصاص بإصدار اللوائح التنفيذية معقود لرئيس الجمهورية فى الأصل بشرط ألا يقوم القانون بتحديد جهة أخرى تختص بإصدار لائحته التنفيذية، ويجوز لرئيس الجمهورية تفويض غيره فى هذا الاختصاص، أما إذا قام القانون بتحديد شخصية أو هيئة معينة تختص بإصدار لائحته التنفيذية، فإن هذا الشخص أو تلك الهيئة تختص دون غيرها بذلك، بمعنى أنه لا يجوز التفويض فى هذه الحالة حتى ولو كانت تلك الجهة التى حددها القانون هى رئيس الجمهورية بذاته.

---

(١) للمزيد من التفاصيل بصدد اللوائح التنفيذية تراجع رسالتنا للدكتوراه سالفة الذكر ص ١٩٩ – ٢٨١، كذا رسالة الدكتورة بدرية جاسر الصالح "السلطة اللائحية فى مجال تنفيذ القوانين" – القاهرة ١٩٧٩.

DOUENCE, Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration, L. G. D. J. 1968.

ولذلك تعد هذه اللوائح من الأعمال الإدارية من حيث الطبيعة وفقاً للمعيار الشكلى الراجح، كما تتمتع بقوة العمل الإدارى أو بالأحرى قوة اللائحة وذلك من حيث القوة الإلزامية وفقاً للقواعد العامة.

ويشترط لمشروعية اللوائح التنفيذية وفقاً للدستور ألا يكون من شأن اللائحة تعديل أو تعطيل القانون الذى تضعه موضع التنفيذ أو غيره من القوانين، أو الإعفاء من تنفيذ هذه القوانين، وهى من النتائج المترتبة أصلاً على قاعدة تدرج القواعد القانونية.

كما يشترط فى اللوائح التنفيذية، أن تكون الأحكام الواردة فيها لازمة لتنفيذ القانون، دون أن يمنع ذلك من الإضافة لأحكام القانون [1] بشرط أن يكون الحكم الجديد الوارد فى اللائحة لازماً لتنفيذ القانون، بمعنى أنه إذا كانت الأحكام الواردة فى اللائحة التنفيذية هى أحكام لازمة لتنفيذ القانون الذى تهدف تلك اللائحة إلى تنفيذه، فإن هذه الأحكام تكون مشروعة ولو كانت تمثل إضافة لقواعد ذلك القانون، أما إذا كانت هذه الأحكام غير لازمة لتنفيذ ذلك القانون فإنها تكون فى هذه الحالة غير مشروعة على أساس أنها خرجت باللائحة من مجال التنفيذ إلى مجال التشريع.

ولا شك فى أن لزوم الأحكام الواردة فى اللائحة تعنى ضرورة وحدة الهدف بين اللائحة والقانون الذى تعمل على ضمان تنفيذه، فلا يكفى ألا يكون فى هذه الأحكام اللائحية اعتداءً على أحكام القانون وهو أمر غير مشروع [2]، بل يجب أيضاً أن يكون هدف اللائحة هو ضمان تنفيذ القانون، وهو الأمر الذى

---

(١) أثار "حق الإضافة" أى حق اللائحة التنفيذية فى إضافة بعض القواعد والأحكام للقانون خلافاً فقهياً حاداً، حيث اعتبره جانب من الفقه أمراً غير مشروع لما يتضمنه من تعديل للقانون أو على الأقل خروج من مجال التنفيذ إلى مجال التشريع، فى حين اعتبره جانب آخر من الفقه أمراً مشروعاً استناداً إلى الحكمة من تقرير هذه اللوائح وأن وظيفة الإدارة تفرض عليها أن تلائم بين أحكام القانون والاعتبارات العملية مما يستوجب إضافة قواعد جديدة للقانون.
للمزيد من التفاصيل تراجع رسالتنا للدكتوراه سالفة الذكر ص ٢٣٥ – ٢٥٠.

(2) C. E. 15 Juill. 1959, Société desmarais, A. J. D. A. 1959. 350

يستوجب مطابقة هذه اللائحة لذلك القانون، فإذا كان حكم اللائحة غير مفيد أو غير لازم فى تطبيق القانون فهو غير مشروع حتى ولو لم تكن هناك مخالفة لأى نص تشريعى(1)، وهو ما يفرض على القاضى الإدارى تفسير المبادئ والأفكار العامة التى يتضمنها النص التشريعى(2)، وعلى ذلك ينبغى على السلطة اللائحية احترام روح القانون(3)، فهى رغم ما تتمتع به من سلطات بصدد تنفيذ القوانين، إلا أنها لا تستطيع استخدام هذه السلطات إلا بهدف تيسير تنفيذ النصوص التشريعية الواردة فى القانون، وهذه الرقابة الصارمة التى يفرضها القضاء هى الوجه الآخر الذى لا غنى عنه لموازنة سلطات الإدارة فى هذا الصدد.

ب- لوائح الضبط:

يقصد بلوائح الضبط، تلك اللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة.

وتعتبر لوائح الضبط أهم أساليب الضبط الإدارى(٤) وأبرز مظهر لممارسة سلطة الضبط الإدارى، ذلك أنه عن طريقها تضع هيئة الضبط الإدارى قواعد عامة موضوعية مجردة تقيد بها بعض أوجه النشاط الفردى فى سبيل صيانة النظام العام، وهى بذلك تمس حقوق الأفراد وتقيد حرياتهم

---

(1) C. E. 1 Juil 1960, Assemblée permanente de Présidents ..., A. J. D. A. 1960. 330.

(2) C. E. 5 Avril 1974, Mignot et Union des jeuns avocate de Versailles, R. D. P. 1975. 507.

(3) C. E. 11 Mai 1962, FNOSS et Bazin, A. J. D. A. 1963. 175.

(٤) للمزيد من التفاصيل فى هذا الصدد يراجع:
الدكتور محمود سعد الدين الشريف – محاضرات فى النظرية العامة للضبط الإدارى – مذكرات قسم الدكتوراه – جامعة القاهرة ٦٧/ ١٩٦٨، أبحاثه فى "النظرية العامة للبوليس الإدارى فى مصر" – مجلة مجلس الدولة السنة ٢ ص ٢٨٢، فى "الجهة التى تتولى إصدار لوائح البوليس" بنفس المجلة السنة ٣ ص ١٦٧، فى "أساليب الضبط الإدارى والقيود الواردة عليه" بنفس المجلة السنة ١٢ ص ٥، فى "فلسفة العلاقة بين الضبط الإدارى وبين الحريات العامة" بنفس المجلة سنة ١٩٦٩ ص ٥.
وأنظر أيضاً الأستاذ الدكتور عاطف البنا – حدود سلطة الضبط الإدارى – ١٩٨٠، والدكتور محمد عصفور – البوليس والدولة – ١٩٧٢.

بالضرورة[1]، لأنها تتضمن أوامر ونواهى وتقرر فى الغالب عقوبات توقع على مخالفيها.

وتنص المادة ٤٥ من دستور ١٩٧١ فى مصر على أن "يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط"، وبذلك يكون قد أسند إلى رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدار هذه اللوائح، ولكنه لم ينص على جواز التفويض، وبالتالى لا يجوز أن تصدر بأداة أدنى من القرار الجمهورى استناداً إلى تفويض من رئيس الجمهورية، ومع ذلك فليست القرارات الجمهورية هى الأداة الوحيدة لإصدار لوائح الضبط، إذ يمكن إصدار مثل هذه اللوائح عن طريق قرارات تصدر من مجلس الوزراء، استناداً إلى الفقرة الأخيرة من المادة ١٥٦ من هذا الدستور التى تنص على اختصاصات مجلس الوزراء ومن بينها "المحافظة على أمن الدولة وحماية حقوق المواطنين ومصالح الدولة"، وهى أمور تندرج فى نطاق مدلولات النظام العام وخاصة بالنسبة لعنصر الأمن العام.

وعليه تعد لوائح الضبط عملاً إدارياً من حيث طبيعتها القانونية وفقاً للمعيار الشكلى الراجح، وتتمتع بقوة العمل الإدارى أو بالأحرى قوة اللائحة وفقاً للقواعد العامة المتصلة بتحديد القوة الإلزامية للأعمال والقواعد القانونية.

ويتحدد نطاق لوائح الضبط فى المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة وهى الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، فإذا صدرت لائحة الضبط مستهدفة غرضاً آخر خلاف ذلك، فإنها تعتبر متجاوزة لنطاقها، وتعد بالتالى غير مشروعة، لأن كل إجراء ضبطى يجب ألا يستهدف سوى تحقيق النظام العام[2].

---

(١) الأستاذ الدكتور سعد عصفور – النظام الدستورى سالف الذكر ص ١٢٨.
DEBBASCH, Droit Adminstratif, 3e éd. P. 239.
حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٦٩/٦/٣ قضية ١٢٨٨ لسنة ٢١ق، المجموعة السنوات ٢١ – ٢٣ رقم ٣٩٣ ص ٧٤١.

(2) BERNARD, La notion d'ordre public en droit adminstratif, L. G. D. J. 1962, pp. 71 – 73.

ويراقب القضاء الإدارى تدخل الإدارة عندما تصدر لائحة الضبط للتحقق من لزومها وجدواها وعدم اعتدائها على حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية[١]، وفى هذا الصدد فإنه لا يعتبر تدخل الإدارة مشروعاً إلا إذا كانت ثمة أسباب جدية تهدد بالإخلال بالنظام العام[٢].

ومن ناحية أخرى بسط القضاء الإدارى رقابته لتشمل أيضاً الأسباب التى تدفع الإدارة إلى رفض التدخل بواسطة لائحة الضبط، وفى هذا الصدد لم يكتف مجلس الدولة الفرنسى بالاعتراف بجواز تقرير مسئولية الإدارة عن رفض إصدار لائحة الضبط[٣]، بل تجاوز ذلك إلى حد الاعتراف بإمكانية الطعن بالالغاء مباشرة ضد رفض الإدارة اتخاذ تدابير الضبط حتى ولو لم يكن هناك خطر داهم أو موقف خاص[٤].

---

(١) أنظر فى الرقابة على تدابير الضبط وحماية الحقوق والحريات المراجع الآتية:
مؤلفنا: مبادئ القانون الإدارى – نظرية العمل الإدارى – ٢٠١٣ – ص ١٤١ ومابعدها.

BRAUD, La notion de liberté publique en droit français, 1968.

CASTAGNE, Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, L. G. D. J., 1964.

DRAN, Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publique, L. G. D. J., 1968.

(2) C. E. 22 Juin 1951, Daudignac, L. 362.
C. E. Mai 1954, De Pischaf, L. 269.
C. E. 31 Mai 1963, Ville de Grenoble, L. 833.

(٣) قرر مجلس الدولة الفرنسى أن امتناع الإدارة عن وضع اللائحة يؤدى إلى مسئولية الإدارة إذا كون هذا الامتناع خطأ جسيماً. ومن ثم لا يكفى الخطأ البسيط لتقرير المسئولية عن رفض التدخل وكذلك الأمر إذا كانت الخسائر طفيفة، ولكنه عدل بعد ذلك عن شرط الخطأ الجسيم واكتفى بمجرد الامتناع.

C. E. 8 Mars 1963, Commune de maison Laffite, L. 263.
C. E. 16 Fiv. 1977, Société Pom – Ail, R. D. P. 1977 – 1092.
C. E. 21 Oct. 1953, Ville de Marseille, L. 447.
C. E. 4 Oct. 1968, Sieur et Dame Pascal, L. 876.
C. E. 28 Avril. 1967, Lanfont, L. 182.
C. E. 11 Juin 1969, Commune de Cournon ..., L. 760 – 908 – 949 – 951.

(4) C. E. 23 Juin 1976, Latty, R. D. P. 1977. 865 n. Waline.

ج- لوائح المرافق العامة:

هى تلك اللوائح التى تضعها السلطة التنفيذية بقصد إنشاء وتنظيم المرافق العامة وتنسيق سير العمل فى المصالح والإدارات الحكومية العامة.

وتشمل لوائح المرافق العامة فى مصر، طبقاً لنص المادة ١٤٦ من دستور ١٩٧١، القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وبالتالى الغاؤها، كما تشمل أيضاً القرارات الخاصة بتنظيم هذه المرافق وتلك المصالح العامة.

ويختص رئيس الجمهورية بسلطة إصدار لوائح المرافق العامة، ولا يجوز له تفويض غيره فى ذلك، حيث خلت المادة ١٤٦ من هذا الدستور من النص على مكنة التفويض فى إصدار هذه اللوائح، ونظراً لكون اختصاص رئيس الجمهورية بإصدار تلك اللوائح هو اختصاص استثنائى، فإنه لا يجوز للرئيس التفويض فيه.

ولذلك فإن هذه اللوائح - كغيرها من اللوائح الإدارية - هى عمل إدارى من حيث الطبيعة القانونية، وتتمتع بقوة العمل الإدارى، أى قوة اللائحة وفقاً للقواعد العامة.

والأصل فى إنشاء المرافق العامة أنه أمر اختيارى للسلطة العامة، فهو ما يدخل فى مجال سلطتها التقديرية[1]، إلا أنه استثناء من هذا الأصل تكون سلطة الإدارة مقيدة بالنسبة لبعض المرافق العامة حيث تلتزم بإنشائها بوصفها "مرافق عامة إجبارية".

ويلزم ملاحظة أنه لا يجوز للائحة المرافق العامة أن تمس الموضوعات التى تدخل فى النطاق المحتجز للقانون.

---

(١) الأستاذ الدكتور محمود حافظ - نظرية المرفق العام - ٦٣/ ١٩٦٤ ص ١١٠.

ثانياً – نطاق اللائحة فى فرنسا وفقاً لدستور ١٩٥٨ الحالى:

سبق أن أشرنا إلى أن الدستور الفرنسى الحالى قد أحدث تغييراً جوهرياً فى العلاقات التقليدية بين القانون واللائحة فيما يتعلق بنطاق كل منهما، حيث توزعت الوظيفة التشريعية بين البرلمان والسلطة التنفيذية، فأصبحت هذه الأخيرة صاحبة الولاية العامة فى التشريع، بينما تحدد اختصاص البرلمان فى هذا الميدان على بعض الموضوعات المعينة على سبيل الحصر، ومن ثم غدت اللائحة هى الأصل فى التشريع والقانون هو الاستثناء فى ميدانه، وذلك استناداً إلى المادة ٣٧/ ١ من الدستور الفرنسى التى قضت بأن "الموضوعات التى لا تدخل فى نطاق القانون تكون لها الصفة اللائحية".

ويقتصر أثر هذا التجديد على اللوائح المستقلة التى تصدرها الإدارة استقلالاً عن القانون، فى حين تبقى العلاقة بين اللوائح التنفيذية والقوانين التى تتولى هذه اللوائح وضعها موضع التنفيذ كما كانت فى ظل النظم التقليدية السائدة قبل الدستور الحالى.

وقد أسفر التجديد الدستورى عن تمتع اللوائح المستقلة بنطاق محتجز لا يجوز للسلطة التشريعية أو بالأحرى للقانون أن يتدخل بشأنه، وإلا كان للسلطة اللائحية أن تلجأ إلى وسائل الحماية المختلفة التى قررها الدستور لمنع تعدى القانون على هذا النطاق[1].

ومن المسلم به حالياً، أنه ليس للتجديد الدستورى المشار إليه أية آثار تتعلق بالقوة الإلزامية للائحة والقانون أو بطبيعة كل منهما.

فبالنسبة للطبيعة القانونية للوائح المستقلة، لم يتردد مجلس الدولة الفرنسى فى القطع بأن هذه اللوائح ستظل كما كانت فى الأصل أعمالاً إدارية، وبالتالى تظل خاضعة لذات الرقابة القضائية التى تخضع لها اللوائح الأخرى،

---

(١) أنظر فى تفاصيل هذه الحماية رسالتنا للدكتوراه سالفة الذكر ص ١٤٦ – ١٦٧، كذلك رسالة:
BRACHET, La delimitation des domains respectif de la loi et du règlement, dans la Cons. Du 4 Oct. 1958, Bordeaux, 1965.

أما القانون فما زال هو العمل الذى لا يمكن المنازعة فيه خاصة وأن مصدره هو الشعب أو البرلمان أى الإرادة العامة، فى حين أن الحكومة وبالتالى أعمالها ليست كذلك، ومن ثم تظل سلطة إدارية ويظل العمل الصادر منها، ولو كان لائحة مستقلة، عملاً إدارياً خاضعاً لنفس النظام القانونى الذى تخضع له اللوائح الأخرى، وخاصة فيما يتعلق بالرقابة القضائية عليها[1].

وعلى هذا الأساس أستقر الفقه – بعد تردد وجدل شديدين – على أن طبيعة اللوائح واحدة أياً كانت نوعها، "واللائحة الآن هى اللائحة من قبل لم تتبدل طبيعتها ولم يطرأ شئ على نظامها القانونى، وكل ما فى الأمر أنها استقلت بدائرة معينة تعمل فى حدودها، وأن هذه الدائرة تبدو أكبر من الدوائر المخصصة للقانون الذى اقتصر دوره على تنظيم المسائل الكبرى ذات الأهمية الخاصة، وما عدا ذلك ترك الدستور أمره للائحة"[2].

أما عن مرتبة اللوائح المستقلة أو قوتها القانونية، فقد أثار أمر تحديدها جدلاً فقهياً حاداً فى فرنسا، وذلك بسبب اختفاء القانون من ميدان اللوائح.

وقد انتهى الفقه فى هذا الصدد إلى أن "اختفاء القوانين من نطاق اللوائح المستقلة لا يعنى اكتساب هذه الأخيرة لقوة القانون، بحيث تأخذ مرتبته وقيمته، فلكل من القانون واللائحة المستقلة مرتبته ولكل منهما قيمته، فهما مستقلان وغير متساويين"[3]، ومن ثم فإن "اللائحة فى التجديد الدستورى لم ترق إلى مرتبة القانون فلم تكتسب صفاته ومميزاته، بل استمرت كما كانت محتفظة بخصائصها المختلفة عن خصائص القانون والتى تجعلها فى درجة أدنى منه، والتطور الجديد الذى طرأ على وضع اللائحة إنما ينحصر فى تحديد نطاق كبير لها، مقصور عليها، تعمل فيه دون مشاركة، دون أن يؤثر هذا

---

(1) C. E. 26/6/1959, Syndicat general de Ingénieurs – Conseils, L. 394.
C. E. 12/2/1960, Société Eky, L. 101.
(2) VEDEL, Droit adminstratif, éd. 1968., p 40.
(3) CHAPUS, Article cite, D. 1960. 126.

التجديد على خصائصها"[1]. ويترتب على ذلك أنه لا يوجد أى خلاف بين اللوائح المستقلة وغيرها من اللوائح الأخرى فيما يتعلق بقوتها القانونية، وكل ما هناك "أن الدستور قد رأى أنه لا حاجة البتة لوجود قوانين فى ميدان إصدار هذه اللوائح، وهو أمر لا يعمل على تغيير طبيعتها القانونية، كما أنه لا يرتب لها أية منزلة تعلو عن المنزلة السابقة التى كانت للوائح عامة فى ظل الوضع التقليدى السائد قبل صدور الدستور الجديد"[2].

ولا شك أن هذا الرأى يبلور المفهوم الحقيقى لما ورد بالدستور الفرنسى من تعديلات فى هذا الشأن، وهى تعديلات لم تؤثر كما هو واضح لا فى طبيعة اللوائح ولا فى قوتها القانونية، وما دامت النصوص الدستورية لا تشير صراحة ولا ضمناً إلى أن اللوائح المستقلة قد ارتفعت فى تدرج القواعد القانونية إلى مصاف القانون، فإنه ينبغى الرجوع إلى التدرج التقليدى، والتسليم بأن اللائحة المستقلة تقع كما كانت دائماً فى مرتبة أدنى من القوانين بحيث تنحصر آثار تلك التعديلات الدستورية فى إحداث توزيع جديد للوظيفة التشريعية بين القانون واللائحة المستقلة وتحديد نطاق القانون فى موضوعات محددة، دون أن يعنى ذلك مطلقاً تشبيه اللائحة بالقانون لا من حيث الطبيعة ولا من حيث القوة القانونية الإلزامية.

أما عن أثر اختفاء القوانين من ميدان اللائحة المستقلة، فيبدو أن هذا الأمر كان سبباً رئيسياً فى كل ما ثار من تساؤلات، ذلك لأنه إذا كانت اللائحة المستقلة هى مجرد قرار إدارى يخضع لرقابة المشروعية، فإن المشكلة تقع فى تحديد تلك القواعد القانونية التى تعلوها، وبالتالى فإن مخالفتها تعتبر إهداراً لمبدأ المشروعية، مما يستوجب معه إلغاء اللائحة المخالفة.

---

(1) VEDEL, op. cit., p. 40.

(٢) الأستاذ الدكتور محسن خليل – علاقة القانون باللائحة – دراسة مقارنة – مجلة الحقوق السنة ١٤ عدد ٣، ٤ ص ٦٧.

وقد قرر البعض[١]، إزاء غياب القانون عن ميدان اللوائح المستقلة، اختفاء وجه مخالفة القانون بالنسبة لها كأحد أوجه الإلغاء، وذلك لاستحالة الطعن فيها على أساس وجه مخالفة القانون بمعناه الضيق.

غير أن الفقه رفض الأخذ بذلك الرأى على أساس أنه إذا كانت "المادتين ٣٤، ٣٧ من الدستور تؤديان إلى عدم وجود قانون بالمعنى الشكلى للاصطلاح فى بعض الموضوعات فإنه لا يترتب على ذلك إطلاقاً ألا تخضع الإدارة عند تنظيم هذه الموضوعات لقواعد أخرى لها قيمة القانون"[٢].

وفى الواقع، فإن تخصيص مجال محتجز للائحة المستقلة أدى إلى أن هذه اللوائح أصبحت تتأسس مباشرةً دون وسيط على الدستور نفسه، أى دون حاجة إلى تدخل تشريعى يتيح لها الصلاحية للصدور، ومن هنا أصبح استقلالها أمر واضح دون شك، مما أثار بعض التخوفات حول مدى خضوعها لمبدأ المشروعية.

وقد أثارت الخصيصة الاستقلالية للوائح المستقلة بعض التخوفات فيما يتعلق بحدود الرقابة القضائية على مشروعيتها، فقد خشى الفقه مع بداية تطبيق دستور ١٩٥٨ أن تقتصر رقابة مجلس الدولة على العناصر الخارجية لتلك اللوائح والتى تتعلق بالشكل والاختصاص دون عناصرها الداخلية التى تتعلق بالسبب والمحل والغاية أو الهدف[٣].

إلا أن مجلس الدولة الفرنسى أزال خشية الفقه بقضائه الرصين، فلم يكتف بفرض رقابته على العناصر الخارجية للوائح المستقلة[٤] وإنما تجاوزها

(1) WALINE, Article cite, R. D. P. 1959. 711.
(2) DEMICHEL, Le Droit Administratif, 1978, p. 88.
(3) DE SOTO, La Lois et règlement dans la Cons. Du 4 Oct. 1958. R. D. P. 1959. 295.
(4) C. E. 30 Mars 1962, Association Nationale de la Meunerie, A. J. D. A. 1962. 298.
C. E. 30 Janv. 1963, Caubert de cléry et Ferre. A. J. D. A. 1963. 309.

نـص عليهـا إمـا بـالقوانين العاديـة الـصادرة مـن البرلمـان أو فـى النـصوص الدستورية ذاتها.

ولذلك نجد كثير من دساتير الدول تنص على مثل هذه التطبيقات، وتحدد السلطات الخاصة التى تخول فى الغالب للسلطة التنفيذية لمواجهة تلك الأوقات العصيبة ودفع أية أخطار جسيمة تتعرض لها الدولة.

ومن ناحية أخرى تقوم القوانين من جانبها، فى حدود ما يسمح به الدستور، بمثل هذا الدور لصالح السلطة التنفيذية، ومن أكثر هذه القوانين انتشاراً لدى الدول قوانين حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية.

وتخول هذه النصوص الدستورية والتشريعية للإدارة عدة سلطات مميزة، أهمها سلطة إصدار لوائح الضرورة وهى قرارات إدارية لها قوة القانون ومن ثم تؤثر على العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، علاوة على بعض الاختصاصات الأخرى التى تحمل أساساً الطابع الفردى أو التنفيذى، مثل كثير من القرارات الفردية والتدابير التى تصدر فى حالة الطوارئ أو التعبئة العامة، وهى تدابير تمس غالباً العلاقة بين سلطات إدارية مختلفة كالعلاقة بين السلطتين المدنية والعسكرية.

وتعتبر نظرية "الضرورة" أو "الظروف الاستثنائية" أساس تلك السلطة الاستثنائية وإن كنا نفضل اصطلاح نظرية "الضرورة" باعتبارها نظاماً قانونياً نشأ لمواجهة وقائع غير عادية يطلق عليها "الظروف الاستثنائية" وذلك فى معظم الأحوال، بحيث يشترط لتطبيق النظام القانونى لنظرية الضرورة، توافر هذه الحالة الواقعية التى تتمثل غالباً فى أحد "الظروف الاستثنائية" التى تتنوع كثيراً مثل حالة الحرب وحالة الاستعجال وحالة الطوارئ.

وتطبق هذه النظرية على اللوائح التى تصدر فى ظل "الظروف الاستثنائية، إلى جانب بعض اللوائح التى تصدر فى ظروف من الصعب تصورها استثنائية، ومع ذلك فهى تعد لوائح استثنائية لأنها تخرج على قواعد

اللوائح العادية فى كونها تصدر فى نطاق القانون وأن لها قوة القانون، والمثال البارز لهذه اللوائح هو الأوامر التى تصدر فى فرنسا تطبيقاً للمادة ٣٨ من الدستور، أما باقى اللوائح الاستثنائية الأخرى، فهى فى جوهرها لوائح عادية – ضبطية عادة – ولكن نظراً لصدورها فى ظل ظروف استثنائية، فإنها تتمتع بقوة القانون بالشروط التى يحددها الدستور عادة.

على أن هذه السلطة اللائحية الاستثنائية، وإن كانت ضرورية للإدارة إلا أنها ليست حقاً خالصاً لها، وإنما هو اختصاص مقيد بضرورة توافر شروط معينة للجوء إليها وشروط أخرى لإصدارها وتطبيقها، كما أن آثار استخدام تلك الاختصاصات محدد بنطاق معين لا يجوز تجاوزه، ومن ثم فمن الخطأ القول بأنه ليس للضرورة قانون، إذ العكس هو الصحيح، فالضرورة هى تنظيم قانونى، وهو ما يعنى على الأقل خضوع أعمال الضرورة للرقابة حتى لا تتجاوز حدودها وضوابطها القانونية[1].

وقد أخذ المشرع الدستورى فى فرنسا بنظرية الضرورة فى دستور ١٩٥٨ الحالى، فجاء بالمادة ١٦ التى تنظم حالة الضرورة بشأن بعض الظروف الاستثنائية المحددة، وأضاف إليه نص المادة ٣٨ التى تسمح للسلطة اللائحية بالتدخل فى نطاق القانون عن طريق الأوامر (اللوائح التفويضية)، ولكون هذا التدخل يعد أمراً استثنائياً، ولتمتع الأوامر بقوة القانون، فإننا نعتقد أن هذا النص يدخل ضمن نطاق نظرية الضرورة ولو لم يستخدم بشأن ظروف استثنائية حقيقية.

أما المشرع الدستورى فى مصر فإنه تبنى منذ دستور ١٩٢٣ نظرية الضرورة، فنظم تطبيقاً لها فى المادة ٤١ منه يتميز على الأخص باشتراط

---

(١) راجع فى تفصيلات هذه السلطة مؤلفنا: لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية – ١٩٨٢ راجع أيضاً: الأستاذ الدكتور عبد الحميد كمال حشيش: مبادئ القضاء الإدارى – ١٩٧٧ – ص ٩١ وما بعدها.
الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد: سلطة الحاكم فى تغيير التشريع شرعاً وقانوناً – ١٩٨٤ – ص ٢٠٢ وما بعدها.

غياب البرلمان إلى جانب توافر الظروف الاستثنائية، وقد احتفظت كافة الدساتير المصرية بعد ذلك بهذا التطبيق حيث ينص دستور ١٩٧١ عليه فى المادة ١٤٧ منه. ثم جاء دستور ١٩٥٦ بتطبيق ثان يتعلق باللوائح التفويضية التى تصدر استناداً إلى إذن سابق من البرلمان، وقد استمر كذلك هذا التطبيق فى الدساتير اللاحقة، وهو المنصوص عليه فى المادة ١٠٨ من دستور ١٩٧١ الذى جاء بتطبيق ثالث يشبه إلى حد ما تطبيق المادة ١٦ فى الدستور الفرنسى الحالى، وذلك فى نص المادة ٧٤ من هذا الدستور.

وإلى جانب هذه التطبيقات الدستورية، فإن المشرع البرلمانى قام من جانبه بتنظيم لبعض الحالات التى تعد تطبيقاً لنظرية الضرورة، لعل أكثرها ذيوعاً وأهمية هو قانون تنظيم حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية، وذلك بالإضافة إلى قوانين أخرى مثل قانون حالة الاستعجال فى فرنسا وقانون التعبئة العامة فى مصر.

ويمكن القول بأن لوائح الضرورة التى تصدر استناداً لهذه التشريعات الاستثنائية (رغم دوام سريانها) إنما تندرج تحت طائفة اللوائح التفويضية، على أساس أن الإدارة تتلقى سلطاتها اللائحية الاستثنائية من نصوص هذه القوانين التى تختص السلطة التشريعية وحدها بإصدارها طبقاً للدستور.

والخلاصة أنه يترتب على وقوع الظروف الاستثنائية، قيام حالة الضرورة التى تتيح للسلطة التنفيذية أن تتخذ الإجراءات الاستثنائية اللازمة لمواجهة هذه الظروف، وتسمى هذه الإجراءات الاستثنائية بأعمال الضرورة، وهى قد تكون أعمالاً مادية كما قد تكون أعمالاً قانونية، وهذه الأخيرة قد تكون قرارات إدارية فردية، وقد تكون قرارات لائحية يطلق عليها اصطلاح "لوائح الضرورة" تأسيساً على صدورها إبان قيام حالة الضرورة، وتمييزاً لها عن اللوائح الإدارية التى تصدر فى ظل الظروف العادية.

وتتبلور آثار نظرية الضرورة فى ارتفاع القوة القانونية أو المرتبة الإلزامية لتدابير الضرورة لتتمتع بقوة القانون فى تدرج الأعمال القانونية. فإذا

تمثلت هذه التدابير فى قرارات إدارية فردية، فإنها تتمتع بقوة القانون ولها مخالفته ولكن دون أن يترتب عليها الغاء أحكام القانون محل المخالفة أو تعديلها، حيث لا يجوز الغاء نص عام إلا بنص عام، ولذلك فإن أعمال الضرورة الأشد خطورة إنما تتمثل فى لوائح الضرورة التى هى فى جوهرها أعمالاً تشريعية، وإذ تتمتع فى ظل الظروف الاستثنائية بقوة القانون، فإنها تملك فى الواقع سلطة الغاء القوانين القائمة أو تعديلها أو تعطيل نفاذها[1].

غير أنه يلزم التنويه إلى أنه إذا كانت لوائح الضرورة تتمتع بلا جدال أو خلاف بمرتبة إلزامية تعادل قوة القانون فى تدرج القواعد القانونية، فإنه على العكس من ذلك، احتدم الخلاف الفقهى بل والقضائى حول الطبيعة القانونية لهذه اللوائح ومدى تأثرها بتمتع هذه اللوائح بقوة القانون، وأثر تدخل السلطة التأسيسية وكذلك السلطة التشريعية بشأنها.

الطبيعة القانونية للوائح الضرورة:

من المتفق عليه أن لوائح الضرورة هى من الأعمال الإدارية من حيث طبيعتها القانونية، وذلك استناداً للمعيار الشكلى السائد فقهاً وقضاءً فى صدد تحديد طبيعة القواعد القانونية، حيث أن هذه اللوائح تصدر عن السلطة التنفيذية.

بيد أنه لما كانت لوائح الضرورة تصدر فى نطاق القانون بحيث تستطيع اللائحة أن توقف أو تعدل أو تلغى بعض أحكام القوانين، فإنه يكون من الطبيعى أن يمارس البرلمان الرقابة على ممارسة السلطة اللائحية للدور الذى كان ينبغى عليه أصلاً القيام به.

لذلك تحرص بعض الدساتير على أن تتيح للبرلمان فرص التعبير عن إرادته بشأن أعمال الضرورة وتدابيرها، وذلك بمنحه سلطة إقرار أو عدم

---

(١) راجع فى تفاصيل ذلك مؤلفنا: الرقابة على أعمال الإدارة سالف الذكر – ص ١٣٤ وما بعدها، راجع أيضاً حكم للمحكمة العليا فى ١٩٧٥/٤/٥ دعوى ٩ لسنة ٤ ق عليا دستورية – المجموعة القسم الأول – ص ٢٥٨.

إقرار هذه التدابير أو تعديلها، وعلى الأخص اللوائح منها، لما يفترض بشأنها من استمرار سريانها إلى أن تلغى أو تعدل بنص صريح.

وقد اتبع المشرع الدستورى فى مصر هذا الأسلوب بصدد اللوائح التشريعية التى تصدر فى غيبة مجلس الشعب وفقاً للمادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١، وكذلك بصدد اللوائح التفويضية التى تصدر استناداً لما يصدره مجلس الشعب من قوانين بالتفويض وفقاً للمادة ١٠٨ من هذا الدستور، حيث يتعين وفقاً لهما أن تعرض "القرارات بقوانين" – أى لوائح الضرورة بصفة عامة – الصادرة استناداً إليهما على مجلس الشعب لإقرارها والموافقة عليها، وإلا زال ما كان لها من قوة القانون[1].

ومن ناحية أخرى فإن المشرع الدستورى اتبع أسلوباً مغايراً بصدد الإجراءات التى تصدرها السلطة التنفيذية استناداً إلى المادة ٧٤ منه، ومن بينها لوائح الضرورة والتى أطلقنا عليها اصطلاح لوائح الأزمات الخاصة[2]، حيث استلزم المشرع الدستورى بشأنها إجراء استفتاء عليها خلال ستين يوماً من اتخاذها.

ومن هنا يثور التساؤل حول أثر إقرار البرلمان للوائح الضرورة، وكذلك الاستفتاء الشعبى عليها، بصدد طبيعتها القانونية وقوتها الإلزامية.

١- أثر إقرار البرلمان للوائح الضرورة على طبيعتها القانونية وقوتها الإلزامية:

ذهب جانب من الفقه إلى أن للمرسوم الصادر فى ظل دستور ١٩٢٣ فى حالة غياب البرلمان قوة القانون، وبعد دعوة البرلمان وعرضه عليها وعدم

---

(١) راجع بشأن مدلول عرض القرارات بقوانين على البرلمان، ودور السلطة التشريعية فى الرقابة على هذه القرارات، مؤلفنا: الرقابة على أعمال الإدارة سالف الإشارة – ص ١٣٨ وص ١٤٦ وما بعدها.

(٢) راجع مؤلفنا: لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية سالف الإشارة – ص ١١٣ وما بعدها.

رفضه يكون له قوة القانون بوجه نهائى ولكنه يبقى من الناحية الشكلية مرسوماً بقانون، أى قراراً إدارياً ولا ينقلب إلى قانون[1].

"وتستفاد الصفة الإدارية التى لهذه اللوائح من صياغة عبارة ".... تكون لها قوة القانون" التى يتضمنها النص السابق (نص م ٤١ من دستور ١٩٢٣) والتى تدل على أن هذه اللوائح وإن كان لها قوة القانون إلا أنها ليست بقانون. ولو أراد الشارع اعتبار هذه اللوائح من القوانين لما تعمد قصر المماثلة بينهما على الحجية القانونية لكل منها. ومما يؤيد هذا الاستنباط أن مبادئ الدستور تظل نافذة وقت صدور هذه اللوائح، ودعامة هذه المبادئ جميعها مبدأ فصل السلطات[2] وبالتالى فإن "المرسوم ... ليس قانوناً ولكنه لائحة من لوائح الضرورة، والدستور لم يشأ أن يعتبرها قانوناً فهو إذ نص على أن تكون لها قوة القانون لم يسحب عليها طبيعة القانون وإن كان قد أضفى عليها قوة القانون"[3].

غير أن غالبية الفقه[4] ترى أن هذه اللوائح وإن كانت فى الفترة السابقة على إقرار البرلمان لها، تتصف بالطبيعة اللائحية وتتمتع بقوة القانون، إلا أنها بعد إقرارها بواسطة البرلمان، تتحول إلى قوانين، أو تصبح فى حكمها، وبالتالى تكتسب الحصانة القضائية التى تتمتع بها القوانين فلا يجوز الطعن ضدها

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى – مقالته سالفة الذكر – مجلة مجلس الدولة ص ١٦.

(٢) الدكتور محمد زهير جرانه: الأمر الإدارى ورقابة المحاكم القضائية له فى مصر – القاهرة ١٩٣٥ – ص ١٥٨، وراجع أيضاً الدكتور مصطفى محمد الجمال: المرجع السابق ص ٢٤٥.

(٣) الدكتور رياض شمس: الغاء القانون بمرسوم – الرجعية فى المراسيم – مجلة المحاماة السنة ٤٤ عدد ٤ و٥ ص ٣٤٨.

(٤) الأستاذ الدكتور محسن خليل: مؤلفه المشترك فى القضاء الإدارى سالف الذكر ص ٢٢١، وأنظر الأستاذ الدكتور محمود حافظ: القرار الإدارى ص ٢٦٠، الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى: القرارات الإدارية ص ٥١٩، الدكتور عثمان عبد الملك الصالح: السلطة اللائحية للإدارة فى الكويت – الطبعة الأولى ١٩٧٧ – ص ٧١. وراجع فى تفصيلات هذا الاتجاه والاتجاهات المخالفة له مؤلفنا لوائح الضرورة سالف الإشارة ص ٩٦ وص ٢٧٩ وما بعدها.

بالإلغاء أمام القضاء الإدارى، بعد أن كان ذلك الطعن جائزاً قبل إقرارها من البرلمان، إذ كانت خلال هذه الفترة قراراً إدارياً يخضع لرقابة الإلغاء.

ويستفاد من هذا الاتجاه الغالب، أن لإقرار البرلمان هذه اللوائح، أثراً جوهرياً يتمثل فى تحويلها من قرارات إدارية إلى قوانين، أى أن تلك اللوائح تكتسب بعد هذا الإقرار طبيعة القانون، وهو ما لا نراه صحيحاً، إذ أن طبيعة العمل الذى يصدره رئيس الجمهورية، لا تتغير نتيجة تدخل البرلمان أو عدم تدخله، وإن كان من شأن هذا التدخل أن يؤكد قوة القانون لهذه اللوائح أو يزيلها، فالرأى لدينا أنه يجب الاعتراف للعمل القانونى بطبيعة قانونية واحدة ثابتة ومؤكدة، ومن ثم فإنه وفقاً للمعيار الشكلى وهو المعيار السائد فى صدد تحديد طبيعة الأعمال القانونية الصادرة من السلطات العامة، تكتسب أعمال رئيس الجمهورية بصفته ممثلاً للسلطة التنفيذية، طبيعة الأعمال الإدارية فى حين تكتسب الأعمال الصادرة من البرلمان وفقاً للإجراءات الدستورية المقررة لسن القوانين، طبيعة القانون، فإذا تدخل البرلمان بخصوص لوائح الضرورة وذلك بالتصديق عليها، فإنه ليس من شأن هذا التصديق التأثير على الطبيعة الإدارية لتلك اللوائح، لأن هذا التصديق لا يكتسب صفة القانون، إذ هو عمل رقابى يقوم به البرلمان ممارسة لوظيفته السياسية بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وبالتالى لا يكون له سوى مدى سياسى دون أن يكون له أى أثر قانونى على طبيعة اللائحة[1]. بمعنى أنه ليس من أثر للتصديق سوى تأكيد قوة القانون لهذه اللوائح، دون أن يعدل من طبيعتها، فتظل مجرد لوائح تتمتع بقوة القانون نتيجة خصيصتها الاستثنائية، ومن ثم تظل هذه اللوائح خاضعة للرقابة القضائية على مشروعيتها ودستوريتها، دون أن يؤثر على هذا الخضوع تصديق البرلمان، حيث لا يملك المجلس النيابى تصحيح اللائحة إذا صدرت غير مشروعة، لما يعنيه ذلك التصحيح من تحصين لقرار إدارى من رقابة

(1) MIGNON, Nature et effets juridique d'une technique legislative d'exception mais d'utlisation répeteé: Le décret – loi, D. 1948. 144.

القضاء وهو ما يعد مخالفاً لنص المادة ٦٨ من الدستور الذى يحرم هذا التحصين صراحة.

غير أنه قد يتم إقرار البرلمان للوائح الضرورة عن طريق الموافقة على "قانون" بالمعنى الفنى الدقيق، أى باتباع ذات الإجراءات التى يتم بها سن القوانين من مناقشات وتصويت، وفى هذه الحالة، فإن هذا القانون بما يحتويه من قواعد وأحكام وردت فى هذه اللوائح، يكون نافذاً وواجب التطبيق بدلاً من اللائحة، التى تسقط وتتوقف آثارها بمجرد إقرار البرلمان للقانون الذى تضمن أحكامها، وإن كانت تظل خاضعة للرقابة القضائية على مشروعيتها طوال الفترة التى كانت نافذة خلالها، وذلك قبل سريان ونفاذ القانون الذى أقره البرلمان.

وإذا كان الرأى السائد فى فرنسا هو تحول طبيعة اللوائح بعد تصديق البرلمان عليها إلى قانون، فلعل مرد ذلك هو عدم الاعتراف هناك بحق القضاء فى الرقابة على دستورية القوانين، وبالتالى يؤدى تحول اللائحة إلى قانون، إلى عدم خضوعها للرقابة القضائية.

بيد أنه فى مصر، وإزاء اختلاف النظام القانونى الذى يخضع له القانون عن مثيله فى فرنسا، وخاصة من حيث الرقابة القضائية، فإنه ليس من المفيد الأخذ بالرأى السائد فى فرنسا، حيث تتضاءل الأهمية العملية لهذا الرأى إلى حد كبير نظراً لخضوع القانون فى مصر لرقابة المحكمة الدستورية العليا فلا يكون مجدياً إذن إضفاء صفة أو طبيعة القانون على لائحة الضرورة نتيجة تدخل البرلمان، إذ أن ذلك لن يمنع من خضوعها لرقابة القضاء على دستوريتها، بالإضافة إلى أن احتمال سقوط الحق فى رفع دعوى الإلغاء ضد هذه اللائحة نتيجة إقرارها، هو أمر قليل الأهمية عملاً، لأن البرلمان لا يتمكن فى الغالب من التصديق على تلك اللوائح إلا بعد مرور فترة طويلة من الزمن وخاصة فى حالة اللوائح التفويضية، تحتفظ اللائحة خلالها بالطبيعة الإدارية دون خلاف، وبالتالى يجوز رفع دعوى الإلغاء بشأنها طوال هذه الفترة.

ذلك، ثم نعود للاعتراف لقانون التصديق بهذا التأثير وبأثر رجعى[1]. وفى تقدير البعض بحق أن "القواعد الدستورية فى فرنسا (وكذلك الأمر فى مصر) تميز بين الأجهزة التشريعية والأجهزة الإدارية، ولذلك فإن الأعمال التى توضع بواسطة الأجهزة الإدارية لا يمكن أن تعتبر كأعمال تشريعية، وهو ما أكده القضاء الإدارى حتى اليوم، ولذلك فإن أى استثناء على هذا الأمر يجب أن ينص عليه الدستور، واستناداً إلى ما تقدم، فإن ملاحظة قواعد الدستور بشأن أوامر التفويض تنبئ بوضوح تام عن أن نية المشرع الدستورى لم تتجه إلى أكثر من منح قوة القانون لهذه اللوائح دون طبيعته"[2].

وفى الواقع فإن هذا الرأى الذى نتمسك به – منذ نادينا به فى رسالتنا للدكتوراه التى نوقشت فى مارس ١٩٨١، على خلاف الغالبية العظمى من الفقه – والذى يقوم على التفرقة بين الطبيعة القانونية للوائح الضرورة وقوتها الإلزامية، فيعترف لها منذ صدورها إلى زوالها بطبيعة العمل الإدارى وبقوة القانون، دون أن يؤثر على ذلك إقرار السلطة التشريعية لها، يتفق تماماً مع مذهب المشرع الدستورى فى مصر، الذى لا يعترف لرئيس الجمهورية وفقاً للمادتين ١٠٨ و١٤٧ من الدستور، سوى بسلطة إصدار "قرارات لها قوة القانون"، أى انها من حيث الطبيعة "قرارات" ومن حيث القوة الإلزامية "لها قوة القانون".

يؤكد ذلك أن لرئيس الجمهورية وفقاً لهذه النصوص أن يصدر قرارات فردية لها قوة القانون، وهى قرارات يتعين عرضها على البرلمان لإقرارها، مثلها فى ذلك مثل القرارات اللائحية، ومع ذلك فإنه لا يسوغ القول بأن تدخل البرلمان وإقراره لتلك القرارات الفردية يؤدى إلى تحويلها إلى قوانين.

---

(1) DEBBACH, Les ordonnances de l'article 38 dans la constitution du 4 Oct. 1958, J. C. P. 1962. 1701, No. 10.

(2) BATAILLER, Le Conseil d'Etat Juge Constitutionnel, L. G. D. J., 1966, p 204.

ومن هنا كان حرص المشرع الدستورى على استخدام اصطلاح "القرارات" وهو المصطلح الشائع تخصيصه للأعمال الإدارية القانونية المنفردة، سواء كانت لائحية أم فردية، دون أى اصطلاح آخر.

وقد استجابت المحكمة الدستورية العليا فى مصر لهذا الرأى، إذ اتجهت إلى اعتناقه بصدد طبيعة القرارات بقوانين وقوتها الإلزامية، ففى حكمها الصادر فى ٤ مايو ١٩٨٥م والذى قضت فيه المحكمة بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، رأت المحكمة أن الفرصة سانحة لتعلن "أن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون ... لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذى نشأ عليه كقرار بقانون، دون تطهيره من العوار الدستورى الذى لازم صدوره. كما أنه ليس من شأن هذا الإقرار فى ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعى جديد يدخل فى زمرة القوانين التى يتعين أن يتبع فى كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التى حددها الدستور فى هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون"[1].

٢- أثر موافقة السلطة التأسيسية على لوائح الضرورة:

استحدث المشرع الدستورى فى مصر تطبيقاً جديداً لنظرية الضرورة، وذلك فى نص المادة ٧٤ من دستور ١٩٧١، الذى يقضى بأن "لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى، أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بياناً للشعب، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذه"[2].

---

(١) راجع الحكم بالجريدة الرسمية الصادرة فى ١٦ مايو ١٩٨٥ – عدد ٢٠ – ص ٩٨٤ و٩٩١، وكذلك حكميها فى ١٩٩٦/١١/٢٣ قضية ١٦ لسنة ١٦ ق. دستورية، وفى ١٩٩٩/١/٢ قضية ١٥ لسنة ١٨ ق. دستورية.

(٢) راجع فى تفاصيل النظام القانونى لهذه المادة والرقابة على تطبيقها، مؤلفنا: لوائح الضرورة سالف الذكر – ص ١٣٣ وما بعدها – راجع أيضاً الأستاذ الدكتور محمد=

والإجراءات السريعة المشار إليها فى هذا النص تتضمن فى تقديرنا القرارات الإدارية اللائحية التى يلزم إصدارها لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية، وقد أطلقنا على هذه القرارات اصطلاح "لوائح الأزمات الخاصة" تمييزاً لها عن اللوائح التفويضية واللوائح التشريعية والأوامر العسكرية التنظيمية، وكلها يجمعها اصطلاح "لوائح الضرورة"[1].

وعلى خلاف اللوائح التفويضية واللوائح التشريعية التى استلزم المشرع الدستورى عرضها على مجلس الشعب لاتخاذ ما يلزم بشأنها، فإن المشرع الدستورى آثر بالنسبة لإجراءات المادة ٧٤ بصفة عامة أن تعرض على السلطة التأسيسية فى استفتاء شعبى لإبداء الرأى بشأنها. ومن ثم يلزم علينا أن نحدد آثار هذا الاستفتاء على الطبيعة القانونية والقوة الإلزامية لإجراءات المادة ٧٤، وعلى الأخص لوائح الأزمات الخاصة منها.

والأصل أن الاستفتاء الشعبى هو وسيلة تحقيق الرقابة السياسية الشعبية على أعمال السلطة التنفيذية، حيث تعرض مسألة ما على هيئة الناخبين لأخذ الرأى فى شأنها عن طريق التصويت.

ويعتبر الاستفتاء من الاستفتاءات الشخصية إذا كان التصويت على شخص معين كالاستفتاء على رئيس الجمهورية إذا كان المرشح الوحيد لذلك[2]، بينما يعتبر الاستفتاء من الاستفتاءات الموضوعية إذا تم التصويت على تصرف أو اقتراح معين كالاستفتاء على قانون أو معاهدة أو اقتراح بها، ومع ذلك فقد يكون هذا الاستفتاء فى حقيقته من الاستفتاءات الشخصية، إذا تعلق

=حسنين عبد العال: رقابة مجلس الدولة لقرارات الضبط الإدارى الصادرة بالتطبيق للمادة ١٦ من الدستور الفرنسى والمادة ٧٤ من الدستور المصرى - ٨٢/ ١٩٨٣.

(١) راجع فى طبيعة إجراءات المادة ٧٤ وعلى الأخص لوائح الأزمات الخاصة منها مؤلفنا: الرقابة على أعمال الإدارة سالف الذكر - ص ٢٨٧ وما بعدها.

(٢) يطلق الأستاذ الدكتور ماجد الحلو على هذا النوع من الاستفتاءات اصطلاح "الاستراآس" راجع مؤلفه فى الاستفتاء الشعبى والشريعة الإسلامية - ١٩٨٣ - ص ٧٩ وما بعدها - وراجع فى الاستفتاء بصفة عامة.

DENQUIN, Référendum et plebiscite, Essai de théorie générale, 1976.

فى الواقع بصاحب هذا التصرف أو الاقتراح، بحيث إذا أبدى الشعب موافقته على التصرف، فإن ذلك يعد منحاً للثقة فى صاحب التصرف، أما إذا كانت نتيجة الاستفتاء هى رفض الشعب لهذا التصرف، فإن هذا الرفض يعنى حجب الثقة عن صاحب التصرف.

ولذلك يلزم التفرقة بين نوعين من الاستفتاءات الموضوعية: أولهما الاستفتاء التشريعى أو الدستورى وهو الذى يتعلق بقبول أو رفض قاعدة عامة مجردة تشريعية أو دستورية، وثانيهما الاستفتاء السياسى ويتعلق بمسألة مختلف فيها أو محل للتشكيك فى مدى موافقة الشعب عليها ورضائه عنها أو عمن يتولى مسئوليتها[1].

وفى رأينا أن الفارق بين الاستفتاء الدستورى أو التشريعى والاستفتاء السياسى، يتمثل فى أن الأول يتميز بأنه ملزم من حيث اجراؤه ونتيجته، فى حين أن الثانى ليس وجوبياً فى إجرائه أو فى نتيجته.

وتأسيساً على ذلك فإننا نعتبر أن الاستفتاء على إجراءات المادة ٧٤ ومن بينها لوائح الأزمات الخاصة، هو استفتاء سياسى يقصد منه الحصول على موافقة الشعب على سياسة وتصرفات رئيس الجمهورية بشأن الأزمة التى استوجبت الالتجاء إلى المادة ٧٤ والإجراءات التى اتخذت تطبيقاً لذلك، أى أن هدفه أو جوهره هو إبداء الثقة فى شخص رئيس الجمهورية وتأكيدها بمناسبة سياسته التى اتبعها خلال الأزمة.

فالاستفتاء المنصوص عليه فى المادة ٧٤ وإن كان وجوبياً من حيث اجراؤه إلا أنه ليس كذلك من حيث نتيجته، بدليل أن لمجلس الشعب الحق فى مخالفتها، وهو ما جرى عليه العمل فعلاً عند تطبيق المادة ٧٤ عام ١٩٧٧،

---

(١) أنظر فى التفرقة المشار إليها. الأستاذ الدكتور سعد عصفور: النظام الدستورى سالف الذكر ص ١٦ الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: أزمة الأنظمة الديمقراطية – الطبعة ٢ – ص ٢٠٠. الأستاذ الدكتور محمود حافظ: الوجيز فى النظم السياسية – ١٩٧٦ – ص ١٥١.

وبذلك يتخلف الشرط الثانى من شروط اعتباره استفتاءً تشريعياً، ألا وهو شرط أن يكون وجوبى من حيث نتيجته، وبالتالى يعد استفتاءً سياسياً.

يؤكد رأينا أنه من الضرورى أن يعرض فى الاستفتاء كافة (الإجراءات السريعة) التى اتخذت تطبيقاً للمادة ٧٤ سواء ما كان منها عاماً كلوائح الأزمات الخاصة، أو خاصاً كالإجراءات والقرارات الفردية، وذلك على خلاف ما ذهب إليه البعض من أن (ما يتعين عرضه على الاستفتاء هو الإجراءات ذات الطابع العام دون الإجراءات الفردية وذلك أنه لا يتصور أن يعرض على الاستفتاء العام القبض على شخص أو إيقاف موظف عن عمله أو فصله منه، فتلك أمور ليست بطبيعتها مما يصلح للاستفتاء الجدى، وليس من المعقول أن يطلب من بضع ملايين من الأشخاص أن يدلوا برأيهم حول وضع شخص معين تحت الحراسة أو فصله من وظيفته أو ما إلى ذلك) [(١)].

فالواقع أن هذا الرأى يعوزه السند القانونى، والدستور لم يفرق بين الإجراء العام والإجراء الفردى بخصوص هذا الاستفتاء الذى لا يهدف إلى تقرير أى نوع من الرقابة الشعبية على هذه الإجراءات، لذا لا يصح القول بتفرقة تحكمية قد تؤدى أحياناً إلى زوال الحكمة المستهدفة من هذا الاستفتاء، وهى أخذ رأى الشعب فى سياسة وتصرفات الرئيس إبان قيام الظروف الاستثنائية التى دفعته إلى الالتجاء للمادة ٧٤.

وتأسيساً على ذلك، فمن الطبيعى أن يعرض للاستفتاء كافة الإجراءات التى اتخذت تطبيقاً للمادة ٧٤ سواء العامة منها أو الفردية، لأن الإجراءات الفردية قد تكون أشد تأثيراً على الرأى العام من الإجراءات العامة، فالقبض على رئيس مجلس الشعب أو عدد من أعضائه، وإيقاف رئيس الوزراء أو عدد من الوزراء، وفصل رئيس المحكمة الدستورية العليا أو رئيس مجلس الدولة أو رئيس محكمة النقض أو أى عدد من القضاة، هى أمور أشد خطورة وأبلغ أثراً

(١) الأستاذ الدكتور يحيى الجمل – نظرية الضرورة فى القانون الدستورى ص ٢٠٣، الدكتور أحمد مدحت علي – نظرية الظروف الاستثنائية – القاهرة ١٩٧٧، ص ١٠٣.

من إصدار قرار بقانون يتضمن تشديد عقوبة أو إعفاء ضريبى، مما يتعين معه ضرورة علم الشعب بها واستفتائه بشأنها وإلا ضاع كل أثر لرقابة الرأى العام.

وقد تحقق ذلك فعلاً خلال التطبيق الثانى للمادة ٧٤ فى سبتمبر ١٩٨١ حيث تم الاستفتاء على كافة الإجراءات المتخذة وفقاً للمادة ٧٤ وهى إجراءات اتسمت بالطابع الفردى مثل اعتقال بعض الشخصيات العامة، وفصل بعض كبار الموظفين.

واستناداً إلى أن طبيعة الاستفتاء الذى نص عليه الدستور فى المادة ٧٤، هى أنه استفتاء سياسى وليس استفتاءً تشريعياً، فإن نتيجة هذا الاستفتاء لا يكون لها أى أثر لا على الطبيعة القانونية للإجراءات محل الاستفتاء ولا على قوتها القانونية ولا على مشروعيتها أو صلاحيتها أمام القضاء أو البرلمان.

ولذلك ليس صحيحاً ما يذهب إليه جانب من الفقه من (أن شرعية هذه الإجراءات متروكة للاستفتاء الشعبى فإذا وافق عليها تحولت إلى إجراءات شرعية بحسب طبيعتها .... باعتبار أن الشعب هو مصدر السلطات ولا معقب على رأيه) [1] بمعنى أن (الاستفتاء من الناحية القانونية يضفى على الإجراء موضوع الاستفتاء حماية معينة مصدرها أنه يصبح بعد الاستفتاء مستنداً إلى إرادة الشعب ... وأنه يمكن تكييف الاستفتاء الشعبى هنا على أنه بديل للرجوع إلى البرلمان ... وأنه إذا وافق الشعب على إجراء معين قام به رئيس الجمهورية فإن معنى ذلك اسناد القرار إلى الإرادة الشعبية نفسها باعتبار أن تلك الموافقة هى نوع من الإقرار اللاحق أو التصديق) [2].

---

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى – القرارات الإدارية ١٩٧٦ ص ٥٣٦ – ٥٣٧.

(٢) الأستاذ الدكتور يحيى الجمل – نظرية الضرورة ص ٢١٠ و٢١٦.
ويلاحظ أنه يقرر أن "إرادة الشعب التى عبر عنها فى الاستفتاء هى من قبيل إرادة المشرع العادى لا المشرع التأسيسى" أى باعتباره سلطة تشريعية، وهو ما يفيد حق البرلمان فى تعديل والغاء هذا الإجراء باعتباره سلطة مساوية فى المرتبة لإرادة الشعب كسلطة تشريعية، بالإضافة إلى إمكانية الرقابة القضائية على دستوريتها بواسطة المحكمة الدستورية العليا.

يؤيد ذلك أنه فى فبراير ١٩٧٧ وبمناسبة تطبيق المادة ٧٤ لأول مرة فى مصر والذى تمثل فى لائحة الأزمات الخاصة الصادرة فى صورة القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧، فقد نصت المادة العاشرة منه على أنه يعمل بهذا القانون من تاريخ نشره، وهو ما يعنى أن سريان هذه الإجراءات التى وردت بالقرار بقانون لا تتأثر بنتيجة الاستفتاء، حيث نصت المادة ١١ الأخيرة من هذا القرار على أن (يطرح هذا القرار بقانون إعمالاً للمادة ٧٤ من الدستور على الاستفتاء الشعبى خلال أسبوع من تاريخ نشره).

وقد تم فعلاً هذا الاستفتاء بعد أسبوع واحد من اتخاذ إجراءات المادة ٧٤ حيث وافق الشعب بأغلبية ضخمة عليها، ولا شك أن هذه الموافقة فى تلك المدة القصيرة التى لا تتيح أية فرصة لدراسة قانونية متعمقة، تثبت رأينا فى طبيعة هذا الاستفتاء، إذ لو كان الهدف هو الحصول على موافقة الشعب على الإجراءات باعتبارها تشريعاً لتركت له الفرصة الكاملة لدراستها خاصة وأن الدستور يبيح ذلك بتحديده لمدة الستين يوماً التى يمكن خلالها أن يجرى الاستفتاء.

ويبدو أن جهة القضاء الإدارى فى مصر اتجهت إلى الأخذ بهذا الرأى خلافاً للآراء الفقهية المعارضة لذلك، فقد ذهبت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر فى ٢٩ أبريل ١٩٦٩ بشأن استفتاء الشعب على بيان ٣٠ مارس ١٩٦٨، إلى أن "بيان ٣٠ مارس ليس فى مقام الدستور، فهو لا يعدو أن يكون بياناً سياسياً تسترشد به الدولة فى تسيير دفة الأمور فى فترة ما بعد عدوان سنة ١٩٦٧، وأن موافقة الشعب على هذا البيان لا تعدو أن تكون تأييداً سياسياً للحكومة فى الخطوط العامة لسياستها التى سوف تلتزم بها فى هذه الفترة ... ومن ثم فإن هذا البيان لا يعد فى حد ذاته قاعدة تشريعية تتقيد بها المحاكم، بل هو قاعدة سياسية تلتزم بها الحكومة أمام الجهات السياسية"[1].

(١) القضية رقم ١٦٠٦ لسنة ٢٢ق، المجموعة السنوات ٢١: ٢٣ – رقم ٣٦٥ ص ٦٧٣.

كما قضت محكمة القضاء الإدارى صراحة فى ١٩٨١/١٢/٢٢ فى الدعوى رقم ٣١٢٣ لسنة ٣٥ق باختصاصها بنظر المنازعات فى إجراءات المادة ٧٤ حتى ولو تم الاستفتاء عليها، تأسيساً على أن "دور الشعب فى الاستفتاء بالنسبة إلى هذه القرارات إنما هو دور سياسى مؤداه الموافقة أو عدم الموافقة على إصدارها، وليس من شأنه التغيير من طبيعتها القانونية أو من مشروعيتها، فالشعب يوافق عليها بحالتها عند صدورها، فإذا كانت لها الطبيعة اللائحية قبل الاستفتاء، ظلت لها هذه الطبيعة بعده، وإذا كانت قد صدرت غير مشروعة تظل كذلك بعد الاستفتاء، فهو لا يطهرها من العيوب، والدور السياسى للشعب فى الاستفتاء لا ينقلب إلى دور تشريعى يمكن أن يغير من طبيعة القرارات أو من عدم مشروعيتها لأن الشعب فى مصر لا يمارس حقه فى التشريع مباشرةً، إنما بواسطة السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية فى بعض الأحوال".

وقد أكدت المحكمة هذا الاتجاه القضائى بعد ذلك فى حكمها الصادر فى ١٩٨٣/٤/١٢ فى الدعوى رقم ٩٣٤ لسنة ٣٦ق، حيث قضت بأن "موافقة الشعب على القرار المطعون فيه – وهو أحد إجراءات المادة ٧٤ – فى الاستفتاء الذى أجرى عليه، لا تغير هى الأخرى من طبيعته كقرار إدارى، فهذه الموافقة لا تعنى أكثر من تأييد القرار سياسياً، فيبقى القرار على طبيعته وعلى حالة من المشروعية أو عدم المشروعية"[1].

وبدورها أقرت المحكمة الدستورية العليا هذا الرأى صراحة حيث قضت بأن "قرار رئيس الجمهورية – وهو قرار صدر استناداً إلى المادة ٧٤ من الدستور – لا يعدو أن يكون قراراً إدارياً، ولا يحول الاستفتاء الشعبى دون الطعن على هذا القرار أو تطهيره من العيوب التى شابته، إذ ليس من شأن هذا

(١) وقد أيد هذا الاتجاه الأستاذ الدكتور ماجد الحلو: الاستفتاء الشعبى سالف الذكر – ١٩٨٣ – ص ٢٢٨ وص ٢٧٩.
والدكتور حسنى درويش عبد الحميد: المادة ٧٤ من الدستور بين النظرية والتطبيق – مجلة العلوم الإدارية – السنة ٢٦ – العدد الأول – يونيو ١٩٨٤ – ص ١٣٥.

الاستفتاء أن يرد قراراً معدوماً إلى الحياة، ولا إسباغ الصحة على قرار ولد باطلاً ولا أن يغير من طبيعته فيلحقه بأعمال السيادة"[1].

خلاصة ما تقدم أن لوائح الضرورة بصفة عامة وإن تمتعت بقوة إلزامية تعادل قوة القانون، إلا أنها لا تعد قوانين من حيث طبيعتها القانونية، بل تظل عملاً إدارياً حتى ولو تدخلت السلطة التأسيسية ووافقت عليها من خلال استفتاء شعبى، أو – من باب أولى – تدخلت السلطة التشريعية وأقرتها بالتصديق عليها، ففى كل الأحوال تبقى اللوائح الصادرة فى الظروف الاستثنائية أعمالاً إدارية، تخضع بهذه المثابة لرقابة القضاء الإدارى على مشروعيتها، بصفته الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المتصلة بالقرارات الإدارية، بغض النظر عن القوة الإلزامية لها، والتى تتمثل فى قوة العمل الإدارى إذا صدرت القرارات فى الظروف العادية وهى مرتبة تلى القوانين فى تدرج القواعد القانونية، أو فى قوة القانون إذا صدرت القرارات فى الظروف الاستثنائية، أى أنها تكون فى ذات مرتبة القوانين فى تدرج القواعد القانونية.

ومن هذا المنطلق أعلنا رفضنا التام لما ورد فى مسودة مشروع الدستور الجديد المعلنة فى اكتوبر ٢٠١٢ والتى وضعتها الجمعية التأسيسية لوضع مشروع هذا الدستور، فى نص المادة ١٥٠ منه الذى يقضى بأن "الرئيس الجمهورية أن يدعو الناخبين للاستفتاء فى المسائل المهمة التى تتصل بمصالح الدولة العليا، ونتيجة الاستفتاء ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة فى جميع الأحوال".

فهذا النص يمثل خطراً داهماً مؤكداً على حقوق وحريات الأفراد ويتيح لرئيس الجمهورية انتهاكها والنيل منها والعصف بها والتخفى وراء إرادة الشعب لترسيخ وتكريس الديكتاتورية السافرة بغير حساب أو مساءلة، فبالرغم

---

(١) حكمها فى ١٩٩٢/٣/٧ قضية ١٤ لسنة ٨ق. تنازع.

من أن طبيعة هذا الاستفتاء هى بالقطع الطبيعة السياسية وليست التشريعية، لأن إجراء الاستفتاء غير وجوبى، إذ يرتبط فقط برغبة وهوى رئيس الجمهورية الذى يقدر وحده ودون تعقيب من أحد أن المسألة المطروحة على الاستفتاء هى من " المسائل المهمة التى تتصل بمصالح الدولة العليا"، ومن ثم لا تكون لمثل هذا الاستفتاء سوى بعض الآثار السياسية وليست القانونية، إلا أن ترتيب المشرع الدستورى للأثر الملزم لنتيجة الاستفتاء لجميع السلطات العامة (بما فيها القضاء وعلى الأخص المحكمة الدستورية العليا) وللكافة من الأفراد والجماعات والتنظيمات وغيرها فى المجتمع، فمن شأنه تحويل الاستفتاء السياسى إلى استفتاء تشريعى، وهو أمر غير جائز دستورياً، كما أن هذا النص هو فى حقيقته إعادة لإنتاج المادة ٧٤ التى تم حذفها من مشروع الدستور الجديد، ولكن بصورة أكثر بشاعة ومن شأنها عودة الطغيان وخلق الطاغوت، لسبب بسيط يجمع عليه الفقه الحديث، وهو السهولة البالغة فى تزوير نتيجة الاستفتاءات التى لا تخضع لأية رقابة حقيقية، وهى التى قد تتحقق فى الانتخابات لوجود رقابة من جانب ممثلو المرشحين وهى رقابة مستمرة على عملية الانتخاب وفرز الأصوات وإعلان النتائج، ومن ثم يذهب الفقه الحديث إلى أن الاستفتاءات باتت وسيلة لتزييف إرادة الشعوب، حتى ولو أشرف عليها رجال القضاء أو غيرهم من الشخصيات العامة النزيهة، إذ أثبت الواقع العملى فى مصر وقوع هذا التزييف والتزوير فى كل الأحوال وبشتى الوسائل المبتكرة تحقيقاً لرغبة وهوى رئيس الجمهورية.

الفصل الثانى
المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية غير المقننة

أوضحنا سلفاً أن القانون – بمعناه الواسع – هو تعبير عن إرادة الدولة، فالدولة ما هى إلا مجتمع سياسى أو مجتمع منظم، وبقول آخر فالدولة هى المجتمع الذى يوجد به القانون أو الذى ينظمه القانون، ولذلك فمن المقرر أنه لا غنى عن الدولة لإقامة القانون، ولا وجود للقانون بغير وجود الدولة، حيث يكون القانون هو النظام الصادر تعبيراً عن إرادة الدولة.

ومن هنا بينا سلفاً أن مصادر القانون المختلفة لا تعدو أن تكون طرقاً للتعبير عن إرادة الدولة وسلطتها، أو بالأحرى إرادة الشعب الذى يمثل مجتمع هذه الدولة. وإذ يسند الشعب إلى هيئة متخصصة وظيفة سن القواعد القانونية عن طريق التشريع، فإن ذلك لا يعنى أن التشريع هو الطريق الوحيد للتعبير عن إرادة الشعب، وبالتالى تنحصر فيه القواعد القانونية، لأن القانون لا يتواجد فى التشريع فحسب، وإنما فى المجتمع حيث تسوده مقومات أساسية، وحيث توجد الأعراف والتقاليد وغيرها من القواعد ولو لم تتوافر فيها خصائص القانون.

وعليه يمكن القول أن الدولة أو بالأحرى المجتمع، يعبر عن إرادته بطرق مختلفة، منها طريق التشريع وهو الطريق الذى تتكون عن طريقه الأغلبية الساحقة من القواعد القانونية الموجودة فى المجتمع فى الدول الحديثة نظراً لمزاياه الواضحة، من حيث سرعة إقراره ووضوح معناه وسهولة إثباته والعلم به، ومع ذلك فإن هذا لا ينفى وجود طرق أخرى لتكوين القواعد القانونية وهى تتمثل كما سبق ونوهنا فى العرف والقضاء.

فإذا كان التشريع هو طريق تكوين القواعد الدستورية، والقواعد التشريعية أى القانون بمعناه الضيق، والقواعد اللائحية، فإن العرف هو طريق

تكوين القواعد العرفية، وكلاهما أى التشريع والعرف تعبير عن إرادة الدولة وإن اختلفت طريقة التعبير عن هذه الإرادة.

كما أن القضاء بما يضعه من حلول قضائية استناداً للمبادئ العامة للقانون التى تشكل المقومات الأساسية التى يقوم المجتمع فى الدولة عليها، فإنه يمثل بدوره طريقاً ثالثاً لتكوين القواعد القانونية التى تتبلور فى مجموعة المبادئ العامة للقانون على نحو ما سنوضحه فيما بعد.

وعلى ذلك فإن العرف والتشريع والقضاء كلها مصادر مستقلة للتعبير عن إرادة الدولة، ويتفق الفقه على أن التشريع هو تعبير عن هذه الإرادة بطريق النصوص المكتوبة، ولذلك يتم تعريف القواعد القانونية الأخرى غير المقننة أو بمعنى آخر غير المصاغة فى صورة نصوص تشريعية، بأنها قواعد قانونية غير مكتوبة، وهو فى الواقع تعريف سلبى مستمد من عكس الصفة الموجودة فى التشريع.

ومع تسليمنا بهذا النقد، فإن وصف القواعد القانونية الأخرى – خلاف القواعد التشريعية – بأنها قواعد غير مكتوبة، هو وصف ينقصه الدقة، إذ من المتصور كتابة هذه القواعد القانونية الأخرى، حيث يمكن مثلاً تجميع القواعد العرفية بعد الإعلان عن وجودها، كما يمكن استخلاص وتحديد المبادئ العامة للقانون من الأحكام القضائية وهى أحكام مكتوبة من الأصل. ولذلك فإننا نفضل أن نطلق اصطلاح "القواعد القانونية غير المقننة" على القواعد العرفية التى مصدرها العرف، والمبادئ العامة للقانون التى مصدرها القضاء، للدلالة عليها بدلاً من تعبير القواعد غير المكتوبة أو غير المدونة. ومن ثم يلزم علينا تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون وللقواعد العرفية فى تدرج القواعد القانونية، وهو ما نتناوله تفصيلاً فى المبحثين التاليين.

المبحث الأول
المبادئ العامة للقانون

المبادئ العامة للقانون – أو المبادئ القانونية العامة كما يشار إليها كذلك[1] – هى مبادئ غير مقننة يستنبطها القضاء من المقومات الأساسية للمجتمع وقواعد التنظيم القانونى فى الدولة، ويقررها فى أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة. وعلى هذا الأساس تعتبر هذه المبادئ من عناصر المشروعية، بحيث يتحتم على السلطات العامة الالتزام بها، وتعتبر الأعمال الصادرة عنها بالمخالفة لأحد هذه المبادئ باطلة لخروجها على مبدأ المشروعية.

ويعود الفضل فى ظهور ونشأة هذه المبادئ إلى مجلس الدولة الفرنسى الذى كان له الدور الأكبر فى تقرير المبادئ العامة فى أحكامه العديدة، حيث بدأ يعمل على استخلاصها منذ نشأته، وإن كان لم يعلن صراحة عن قوتها الإلزامية باعتبارها مصدراً للقانون إلا بعد الهزيمة التى لحقت فرنسا عام ١٩٤٠ وانهيار الجمهورية الثالثة نتيجة الغزو النازى الألمانى، وما استتبع ذلك من انهيار ما كان مستقراً فيها من مبادئ دستورية، ولذلك لم يكن أمام مجلس الدولة الفرنسى إلا أن يلجأ إلى إنشاء نظرية متكاملة للمبادئ القانونية العامة لتحل محل المبادئ المنهارة، دفاعاً عن الحقوق والحريات العامة وإجبار الإدارة فى ذلك الوقت على احترامها باعتبارها مصدراً للقانون وعنصراً للمشروعية[2]، ومن ثم حرص مجلس الدولة الفرنسى على تقرير المبادئ

---

(١) الاصطلاح الفرنسى المقابل للمبادئ العامة للقانون هو:
Les principes généraux du droit.

(2) RIVERO, Le juge administrative un juge qui gouverne. D. 1951. 21.
LETOURNEUR. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du C. E., E D. C. E. 1951. 22.
JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, 1954, p. 164.
MORANGE, Les principes généraux du droit sous la Ve République, R. D. P. 1960. 1188.

العامة للقانون صراحة فى أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة يتعين على الإدارة احترامها وإلا عدت أعمالها المخالفة لهذه المبادئ غير مشروعة(١).

وبالرغم من عودة الحياة الدستورية لفرنسا واستقرار الأوضاع فيها على أثر صدور دستور أكتوبر ١٩٤٦. فإن مجلس الدولة الفرنسى لم يغير من هذا المسلك الذى كان يهدف من ورائه إلى الدفاع عن الحريات والحقوق الفردية، وذلك حرصاً منه على حماية هذه الحريات وتلك الحقوق دوماً، خاصة مع ازدياد مجالات تدخل الدولة فى ذلك الوقت أخذاً بالمذاهب الاشتراكية.

ومن أمثلة هذه المبادئ: مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، ومبدأ حرية التجارة والصناعة، ومبدأ حجية الشئ المقضى به، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، ومبدأ حرية العقيدة، ومبدأ عدم الجمع بين العقوبات، ومبدأ كفالة حقوق الدفاع ومبدأ ضرورة التجريم ومبدأ تناسب العقوبة ومعقوليتها ومبدأ لزوم الإجراء الضبطى، ومبادئ دوام سير المرافق العامة والسلطات العامة بانتظام واطراد.

ومن الملاحظ أن المبادئ العامة للقانون تبرز دائماً فى أعقاب الأزمات العنيفة التى تهدد القانون واستقراره وثباته، إذ أن رد الفعل الذى يحدث نتيجة أى اضطراب تشريعى، هو اتجاه القضاء إلى المبادئ العامة لتحقيق الاستقرار وكفالة الأمن الذى تتطلبه الحياة الاجتماعية من القانون، ومن ثم يمكن القول أن دور المبادئ العامة للقانون يكون أكثر بروزاً وفعالية فى أوقات الأزمات التى تتسم بعدم الاستقرار السياسى والتشريعى(٢).

---

(1) C. E. 4 juin 1948, Sieur Bourdariat, L. 249.
C. E. 22 Mars 1950, Société des Ciments Francais, L. 175.

(٢) الدكتور محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا فى الرقابة والتفسير والابتداع – ١٩٥٧ – ص ٣٦٠.
وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى انه بموجب الإعلان الدستورى الذى صدر فى مصر بتاريخ ٢٠١١/٣/٣٠ فى أعقاب ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١، ليطبق بديلا لدستور ١٩٧١ الذى تم وقف العمل به، فقد نصت المادتين (٥١) و(٥٧/ ٧) على أن ينظم القانون القضاء العسكرى ويبين اختصاصاته "فى حدود المبادئ الدستورية"، وأن=

كما أنـه من الملاحظ بحق أن دور المبـادئ العامـة للقانون يكون أكثـر تأثيراً فى الدول الشمولية عنها فـى الدول الديمقراطيـة، سـواء علـى المشرع أو على القاضى[1].

وتحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون يستلزم أولاً فهمها على الوجـه الصحيح، ولـذلك يتعين علينـا أن نعـرض – بإيجـاز – لمصدر المبـادئ العامة للقانون وأساسـها أولاً ثـم نحـدد دور القضـاء بصدد تكوين هـذه المبـادئ، وأخيراً نوضح رأينا بصدد المرتبة الإلزامية لهذه المبادئ على ضـوء مـا يسبق ذلك من دراسة.

المطلب الأول
أساس المبادئ العامة للقانون

نوهنا إلى أن القضـاء هو الـذى يعمل علـى استخلاص وتقرير المبـادئ العامة للقانون فى أحكامه، وتطبيقها على المنازعات التى تطـرح أمامـه إذا كـان لذلك مقتضى، مما يعنى أن هذه المبادئ موجودة فعلاً حتى ولـو لـم تكن مكتوبـة أو مصـاغة فـى صـورة نـصوص تـشريعية، ولـذلك يثـور التسـاؤل عن الأسـاس الـذى يـستند إليـه القضـاء للإعـلان عن وجـود هـذه المبـادئ والكشف عنهـا فـى أحكامها.

وفى ذلك يذهب الفقه إلى القول بـأن أسـاس المبـادئ العامـة للقـانون إنمـا يتمثل فى ضمير الجماعة والروح العامـة للتشريع، حيث يستقى منهـا القضـاء المبادئ العامة، مستعيناً فى ذلك بالقواعد القانونية القائمة وأسس نظام الحكم فى الدولـة ووثـائقها القانونيـة والسياسية التى تتضمن الخطـوط العريضـة والاتـجاهات

=يتولى مجلس الوزراء عقد القروض ومنحها "وفقاً للمبـادئ الدستورية"، بمـا مفـاده التزام السلطتين التشريعية والتنفيذية بالمبادئ المشار إليها رغم عدم النص عليهـا فـى الدستور أو أية وثيقة أخرى تقوم مقامه.

(١) راجع فى هذا المعنى:

MAURY J., Observations sur les modes d'expression du droit: régles et directives, M. Lambert, II, 1938, P 428.

العامة السياسية للدولة، بحيث تكون المبادئ القانونية العامة بمثابة تفسير من جانب القضاء للضمير العام للجماعة ولإرادة المشرع[1].

والحقيقة أن هناك رابطة وثيقة للغاية بين المبادئ العامة للقانون وبين الفلسفة العامة السائدة فى مجتمع الدولة، والتى يسميها جانب من الفقه "الفكرة العامة للوجود"[2].

فالمبادئ العامة للقانون إنما تبلور الأفكار والأسس والقواعد التى تمثل مقومات المجتمع الفكرية والفلسفية فى شتى المجالات السياسية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية. فهى تعبر إذن عن التصور العام للحياة فى مجتمع معين والتى تؤدى إلى استنباط مجموعة القواعد القانونية التى تنظم سلوك الأشخاص فى هذا المجتمع تعبيراً عن إرادة التشريع فيه.

والمبادئ العامة للقانون هى فى الأصل مصدر مادى أو موضوعى للقانون، فهى تختلف عن مصادر القانون الأخرى فى أنها تسبق خلق القواعد القانونية الوضعية التى تعبر عن إرادة الدولة، إذ تمهد لهذه الإرادة الطريق الذى تعبر به عن نفسها، فمنها يستوحى المشرع القواعد والأحكام التى يضمنها التشريعات التى يسنها، وفيها يجد القاضى الحل العادل للنزاع إذا لم يعثر على قاعدة فى التشريع يمكن تطبيقها على النزاع.

غير أن طبيعة المبادئ العامة للقانون تتغير عندما يستقبلها المشرع فى نصوص القانون أو الدستور مثلاً، وعندما يرجع القاضى إليها ويقررها فى أحكامه ويستند إليها فى تحديد القواعد القانونية اللازمة لحل المنازعات أمامه، فهنا تتحول المبادئ العامة للقانون إلى مصدر رسمى للقانون، حيث تغدو

---

(١) الأستاذ الدكتور محسن خليل: المرجع السابق فى القضاء الإدارى – ص ٥٦ – ٥٧.
الأستاذ الدكتور كامل ليلة: المرجع السابق – ص ٤٨.

AURY – DRAGO. Traité de contentieux adminstratif, 2e. éd., 1975, t. II, P. 337 .

WALINE, Droi Adminstratif, 9e éd., P. 468.

(٢) الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق – ص ٩٢ و٢٤٧ و٢٥٣.

المبادئ العامة من القواعد التشريعية في الحالة الأولى، وتعد مصدراً مستقلاً ومتميزاً في الحالة الثانية.

وهكذا يمكن القول أن المبادئ العامة للقانون إنما تتمثل في إرادة التشريع التي تتأسس على الفلسفة العامة السائدة في الدولة، وتتولد عن مقومات المجتمع الفكرية والفلسفية، حيث يستهدى بها المشرع والقضاء فيما يقومان به من خلق للقواعد القانونية[1].

ولا ريب في أن المقومات الأساسية للمجتمع، تختلف من دولة لأخرى، ومن زمان لآخر. ولذلك فإن الفقه الفرنسي يرى أن المجتمع الفرنسي يقوم على أساس التقاليد اليونانية الرومانية المسيحية[2].

أما المقومات الأساسية للمجتمع في مصر فإنها تتبلور في الإيمان بالله وبرسله، والمبادئ الأخلاقية السامية، والقيم والتقاليد الأصيلة للأسرة المصرية، والتربية الدينية والتراث التاريخي للشعب، والحقائق العلمية، والعدل المطلق والحرية الشخصية للمواطنين وحرمة حياتهم الخاصة، وغير ذلك من الأسس الأخرى التي يقوم عليها المجتمع المصري والتي قد يهتم المشرع الدستوري بتحديد البعض منها في الدستور مثل الأبواب الأربعة الأولى من دستور ١٩٧١.

ومن أهم النتائج الرئيسية المترتبة على ما تقدم، أن المبادئ التي يمكن استخلاصها من الرسالات السماوية، وبصفة خاصة مبادئ الشريعة الإسلامية، تعتبر من المبادئ العامة للقانون في مصر[3]، بل أن المشرع الدستوري بتدخله في مايو ١٩٨٠ وتعديل المادة ٢ من دستور ١٩٧١، والنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، فإنه بذلك ألزم المشرع – ومن

---

(1) RIVERO, op. cit., D. 1951, P. 22.
M. HAURIOU, Précis de droit constitutional, 2e éd., 1929, S, Paris, P. 236.

(2) M. HAURIOU, op. cit., P. 55.

(٣) من هذا الرأى أيضا الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق – ص ٢٦١ وما بعدها.

ثم القضاء – بأن تكون لمبادئ الشريعة الإسلامية الأولوية في التطبيق من بين المبادئ العامة للقانون فى مصر، وهو الأمر الذى سنزيده تفصيلاً لاحقاً.

المطلب الثانى
دور القضاء فى تحديد المبادئ العامة للقانون

الأصل أن القضاء – فى غير الدول التى تأخذ بنظام السوابق القضائية – يختص بتفسير القانون وتطبيقه على المنازعات التى تعرض أمامه، دون أن يتجاوز ذلك إلى إنشاء القواعد القانونية بنفسه، وهى المهمة التى توكل وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات إلى السلطة التشريعية.

بيد أنه نظراً لأن القواعد التشريعية يشوبها النقص حتما باعتبارها عملاً إنسانياً لا يمكن أن يتصف بالكمال، فإنه من المتصور أن تعرض منازعات لا يكون لها حكم فى التشريع أو فى مصادر القانون الوضعى الأخرى، ومع ذلك فإنه يتعين على القاضى أن يفصل فى النزاع ولا يتهرب من الحكم فيه بحجة عدم وجود نص يمكن تطبيقه، وإلا فإنه يكون قد ارتكب جريمة إنكار العدالة، ويكون أيضاً قد خرج على مقتضى وظيفته، وهى أن يحكم بالعدل، فهى وظيفة يلزم أن يباشرها القاضى دوماً حتى ولو لم يجد نصاً فى القانون يمكن تطبيقه.

والقاضى عندما يحكم بالعدل فى نزاع لا يوجد بشأنه حكم فى قواعد القانون، فإنه يستوحى فى الواقع نفس المرجع الذى يستهدى به المشرع فى وضع القوانين، ومن ثم فهو يقرر الحكم الذى يتعين على المشرع أن يتبناه لو تولى تنظيم موضوع النزاع، مما يعنى أن القاضى يقوم بعمل أقرب إلى عمل المشرع، وأنهما فى كل الأحوال يستلهمان ذات المصدر ليستمد منه المشرع قواعده التشريعية، وليستخلص منه القاضى المبادئ العامة فيكشف عنها ويعلن عن وجودها فى الحياة الاجتماعية إقراراً منهما بذاتية القوانين، بمعنى أنها دفينة فى نفوس الجماعة وليست مفروضة عليها، وأن دور المشرع – ومن ورائه القاضى – أن يعكس ما هو كامن فى ضمير المجتمع من مبادئ عامة خالدة

ضرورية ومستقرة فى عقول الجماعة، ومن ثم تعتبر هذه المبادئ قواعد عامة تطبق على جميع الحالات المستقبلية، وهو ما يتحقق إذا استقر القضاء فى مجموعه على الأخذ بما قضى به الحكم الأول فى المنازعات المماثلة.

أما إذا قام القاضى بإنشاء حل قضائى لنزاع معين، دون رجوع إلى ما يتخذه المشرع دليلاً له عند وضع القواعد القانونية، وذلك وفقاً لظروف النزاع وبحسب ما يعتقده القاضى، فإن ما يصدر عنه للفصل فى هذا النزاع يكون بمثابة حكم فردى ولا تكون له حجية إلا بالنسبة لهذا النزاع الذات، وبالتالى لا يدخل ضمن المبادئ العامة للقانون وإنما يعد من الحلول القضائية(١).

والخلاصة أن للقضاء أن يكمل النقص فى التشريع، وذلك بوضع الحلول العادلة للمنازعات، وهذه الحلول تؤدى إلى إنشاء قواعد قانونية تتمثل فى المبادئ العامة للقانون، التى يعتنقها القضاء ويتولى استخلاصها من ذات المراجع التى يستمد منها المشرع أحكامه، ومن ثم فهو يكشف عن وجودها باعتبارها قواعد قانونية ملزمة مثل غيرها من مصادر القانون الوضعى، حيث يستقى القضاء هذه المبادئ كما نوهنا سلفاً من ضمير الجماعة والروح العامة للتشريع بمعنى أن المبادئ العامة للقانون إنما تظهر نتيجة تفسير القضاء للضمير العام للجماعة والإرادة المفترضة أو الضمنية للمشرع والتى تمثل إرادة التشريع، سيما فى حالة عدم وجود نص تشريعى صريح يمكن الفصل فى المنازعة القائمة على مقتضاه.

ومن هنا اعتبرنا أن القضاء – بما يقرره من مبادئ عامة للقانون – هو مصدر رسمى للقانون، وهو أمر لا خلاف عليه بين فقهاء القانون العام وجهة القضاء الإدارى فيما يتصل بمصادر القانون الإدارى(٢)، كما أن جانباً كبيراً من

---

(١) الدكتور محمود حلمى: المقالة سالفة الإشارة – ص ١٨٢.

(2) EISENMANN, Discussion sur le rôle du juge en cas de Silence ou d'unsuffisance de la loi, Travaux Capitant, 1949, P. 73.

فقه القانون الخاص يعترف أيضاً بالقضاء كمصدر من مصادر القانون بصفة عامة[1].

وإذا قلنا أن القضاء هو مصدر رسمي للقانون بما يضعه من مبادئ عامة للقانون، فإننا نقصد بذلك جهتي القضاء - بالنسبة لمصر وفرنسا - أي القضاء الإداري وأيضاً القضاء العادي، فليس صحيحاً أن المبادئ العامة للقانون هي من وضع القضاء الإداري فقط[2]، إذ أن القضاء العادي يشارك أيضاً في استخلاص واستنباط هذه المبادئ والكشف عنها، كل ما في الأمر أن دور القضاء الإداري في هذا الصدد أكثر بروزاً ووضوحاً لأسباب ترجع إلى بعض خصائص القانون الإداري، مما جعل فقه القانون العام يرى أن القانون الإداري هو قانون قضائي، حيث يشغل القضاء بين مصادر القانون الإداري المركز المرموق الذي يشغله التشريع بالنسبة للقانون المدني.

ولذلك فمن الملاحظ في الكثير من أحكام محكمة النقض المصرية، وهي على قمة جهة القضاء العادي، قولها "وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة ..." مما يعني أنها تستند في أحكامها إلى قضائها المستقر وما يتضمنه من مبادئ باعتباره قانوناً واجب التطبيق.

المطلب الثالث
القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون

إذا كان من المستقر عليه أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بقوة إلزامية بوصفها من القواعد القانونية التي تدخل ضمن عناصر المشروعية التي يتكون منها التنظيم القانوني للدولة، إلا أن تحديد المرتبة الإلزامية لهذه المبادئ هو أمر

---

(١) الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق - ص ٥٠٠ وما بعدها - وراجع ما أشار إليه من مراجع فرنسية عديدة في فقه القانون الخاص بهوامش ٤٣٩: ٤٤٦ - كما تراجع في هذا الموضوع رسالته للدكتوراه: الالتزام القضائي - المنشورة في باريس عام ١٩٦٥ في مجموعة (L. G. D. J.).

(٢) الدكتور محمود حلمي: مقالته سالفة الإشارة - ص ١٨١.

كثرت فيه الاتجاهات والآراء نظراً لاختلاف الفقه فى تحديد أساس هذه القوة الملزمة.

١ - أساس القوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون:

أ- يتجه البعض إلى القول بأن المبادئ العامة للقانون تستمد قوتها الإلزامية من ورودها فى إعلان حقوق الإنسان أو مقدمات الدساتير.

غير أن هذا الاتجاه ليس صحيحاً بصورة مطلقة، لأن أحكام القضاء الفرنسى فى هذا الشأن تتضمن تقرير كثير من المبادئ التى لا أثر لها فى مقدمة الدستور أو إعلان الحقوق، مثل مبدأ المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة، ومبدأ كفالة حق الدفاع فى المحاكمات التأديبية، ومبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، علاوة على أن مجلس الدولة الفرنسى يرى أن ما يرد فى هذه الوثائق من مبادئ، إنما هو تسجيل لبعضها، وعليه فهى لا تصلح أساساً لهذه المبادئ التى تسبقها فى الوجود(١).

ب- ويتجه فريق آخر من الفقهاء إلى اعتبار القانون الطبيعى مصدراً للقوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون(٢).

ولكن هذا الاتجاه بدوره يصطدم برفض القضاء الفرنسى تأسيس قوة هذه المبادئ على فكرة القانون الطبيعى، حيث يتجه القضاء إلى تغليب القوانين التى يضعها البرلمان على تلك المبادئ فى حالة تعارضهما، ولو أنه كان يعتد بفكرة القانون الطبيعى لأدى ذلك إلى رفض تطبيق القوانين المخالفة للمبادئ العامة باعتبارها مخالفة للقانون الطبيعى.

---

(١) الأستاذ الدكتور كامل ليلة – مبادئ القانون الإدارى – الجزء الأول – مقدمة القانون الإدارى ٦٨/ ١٩٦٩ ص ٤٨٠.

(٢) الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف – رقابة القضاء لأعمال الإدارة – ١٩٧٠ – ص ٣٣.

ج- يتجه الرأى الغالب فى الفقه[1] إلى أن قوة إلزام المبادئ العامة لا ترجع إلى ارتباطها بمصدر مكتوب للقانون مثل التشريعات، أو غير مكتوب له مثل العرف، فهى قائمة بقوة إلزامها فى غياب النص، وقوتها مستقلة عن كافة عناصر المشروعية الأخرى، ولذلك تستمد هذه المبادئ قوتها من سلطة القضاء ذاته، الذى يكتشفها ويقررها فى أحكامه، وخاصة القضاء الإدارى الذى استقر الفقه على الاعتراف له بدور إنشائى للقواعد القانونية فى سبيل القيام بمهمته وأداء واجبه فى حماية الحقوق والحريات.

وهكذا يتمثل مصدر القوة الإلزامية للمبادئ العامة فى القضاء وحده، وهو لا يفعل ذلك إلا على أساس افتراض أنه فى تقريره لهذه المبادئ، إنما يحل محل المشرع ويقوم بما كان يجب على المشرع القيام به إذا ما رغب فى الإفصاح عن إرادته وتنظيم الموضوع الذى قرر القضاء بشأنه مبدأ عاماً.

فالمشرع فى دولة معينة عندما يضع تنظيماً قانونياً لمسألة ما، لا يقوم بذلك دون ضوابط، وإنما يفعل ذلك فى إطار التنظيم السياسى والاجتماعى والاقتصادى القائم فى الدولة عند وضع التنظيم، وهذا الإطار محدد بمجموعة من المبادئ تمثل حالة التطور والمدنية التى وصلت إليها هذه الدولة، وهى مبادئ اعتاد المشرع الرجوع إليها واتخاذها دليلاً ومرشداً له عند وضع النصوص القانونية[2]، ولذلك فإن القضاء يعمل على استنباط هذه المبادئ لحل المنازعات على أساسها سيما فى حالة عدم وجود نص تشريعى صريح يمكن الفصل فى النزاع القائم على مقتضاه.

د- وقريب من ذلك ما يذهب إليه البعض من أن الأساس الحقيقى للقوة الإلزامية للمبادئ القانونية العامة هو سلطة القضاء فى استخلاص الإرادة

---

(1) AUBY – DRAGO – op. ct., p. 342.
CHAPUS, De la soumission au droit des règlement autonomes, D. 1960, 124.
RIVERO, op. cit., p. 71.
CHAPUS, De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règle jurisprudentielles en droit adminstratif, D. 1966. 99.

(٢) الدكتور محمد كامل ليلة – مقدمة القانون الإدارى – ص ٤٨٣.

الضمنية أو المفترضة للمشرع[1] ومن ثم وضع المبادئ العامة باعتبارها من القواعد القانونية الملزمة، ومن هنا يبدو دور القاضى فى إنشاء القواعد القانونية جلياً، وهو الأساس الذى نراه سليماً فى تقديرنا.

٢- المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون:

يعتبر تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة من الأمور التى ما زالت محلاً للجدل الفقهى الشديد. فقد ذهب الفقه والقضاء فى فرنسا – قبل سريان دستور ١٩٥٨ على الأخص – إلى أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بمرتبة إلزامية تعادل قوة القانون، مما يعنى ضرورة التزام الإدارة باحترامها عندما تمارس سلطتها اللائحية، حيث تعلو المبادئ العامة للقانون اللوائح الإدارية فى تدرج القواعد القانونية، فى حين يكون للمشرع أن يخالف بما يضعه من قواعد تشريعية عادية هذه المبادئ ما دام يملك الحق فى الغاء التشريع أو تعديله[2].

ويرجع السبب فى الاعتراف لهذه المبادئ بقوة القانون فحسب إلى امتناع القضاء الفرنسى عن النظر فى دستورية القوانين أو مطابقتها للقواعد التى تعلوها عموماً، إذ لا يتصور أن يبحث القضاء فى مدى مطابقة القوانين للمبادئ العامة فى مثل هذه الظروف، حيث لا يستساغ أن يمتثل القاضى للقانون المخالف للدستور بينما لا يخضع للقانون الذى يخالف المبادئ العامة.

بيد أنه بعد صدور دستور ١٩٥٨ الحالى فى فرنسا، اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن للمبادئ العامة للقانون فى ظل هذا الدستور قوة قانونية أعلى

---

(1) WALINE, le pouvoir normative de la Jurisprudence, M. Scele, P. 624.

(2) JANNEAU, op. cit., P. 164.
WALINE, Article cité, R. D. P. 1959 – 712.
LETOURNEUR, Article cité, E. D. C. E., 1951, 24.
DE LAUBADER, Droit Adminstratif, 6 éd., 1973, P. 247.
VEDEL, La soumission de l'Adminstration à la loi.
مقالة منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد – السنة ٢٢ – عدد ١ و٢ – ص ٩٣.
C. E. 16 Déc. 1940, Simonet. L. 553.
C. E. 10 Fev. 1950, Sornin De Leysatm, L. 102.
C. E. 9 Mars 1951, Société des concerts du conservatoire, L. 151.

من التشريع، أى قوة دستورية، تأسيساً على أن القضاء يستخلص هذه المبادئ عادةً إما من مقدمات الدساتير التى لها بطبيعة الحال قوة الدستور ذاته، أو من العرف الدستورى الذى له ذات المرتبة الدستورية، ولأن الإبقاء على الرأى القائل بأن المبادئ القانونية العامة ما هى إلا تأصيل للقواعد التشريعية، وأن قوتها لذلك تعادل قوة القانون ... يؤدى إلى إضعاف الرقابة القضائية إلى درجة بالغة على اللوائح المستقلة – التى غدت الأصل فى التشريع بينما أصبح نطاق القانون محدد على سبيل الحصر وفقاً للمادة ٣٤ والمادة ٣٧ من الدستور – حيث لن يمكن مراقبة هذه اللوائح من ناحية الموضوع إلا إذا خالفت صراحة أحكام مقدمة الدستور أو النصوص التى تحيل عليها، فى حين أن هذه المقدمة لا تقرر الكثير من تلك المبادئ صراحة، أما إذا اعترف مجلس الدولة للمبادئ العامة للقانون بقوة قانونية تعلو على القانون، أى بقوة الدستور، فإنه بذلك يتمكن من تحقيق رقابة فعالة على اللوائح المستقلة، إذ فى هذه الحالة يتحقق خضوع الإدارة للمبادئ العامة للقانون[١].

وكما هو واضح من هذا الرأى، فإن الدافع الرئيسى لهذا الاتجاه هو التخوف من انفراد السلطة التنفيذية بالتشريع فى غير الموضوعات المحددة للقانون، وذلك عن طريق اللوائح المستقلة، حيث كان الفقه غداة صدور دستور ١٩٥٨ الحالى الذى تضمن هذه التغييرات فى مجال تحديد نطاق القانون واللائحة، يتخوف من احتمال تعسف الإدارة بهذه السلطة اللائحية فى غياب القواعد التشريعية ضد حقوق وحريات الأفراد، ولذلك أيد جانب من الفقه هذا الرأى[٢]، فى حين انتقده آخرون، على أساس أنه لا توجد حاجة لإعطاء

(1) VEDEL, Droit Adminsitratif, 1964, P. 202 –éd. 1968, P. 250.

(2) DE SOTO, La loi et règlement dans la Constitution de 1958, R. D. P. 1959. 295.
WITOMSKI, Le contrôle juridictionnel des règlements autonomes, thèse Caen, 1968, p. 198.
AUBY – DRAGO, op. cit., p. 344 t. II n 1161.
J. ROCHE, Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence, A. J. D. A. 1962. 532. =

المبادئ القانونية العامة قوة تعلو فى الزاميتها قوة القانون، لأن اللوائح المستقلة ما تزال كغيرها من اللوائح تعتبر من القرارات الإدارية التنظيمية التى ما تزال فى مرتبة أدنى من القانون، وذلك بالإضافة إلى أن هذا الرأى يؤدى إلى خلق تفرقة ضارة بموضوع له طبيعة واحدة وخصائص واحدة حيث تتمتع المبادئ المستوحاة من الأصول الدستورية بقوة الدستور بينما تتمتع تلك المستوحاة من روح التشريع العادى بقوة القانون[1].

ولذلك قرر بعض الفقهاء أن المبادئ العامة للقانون لم تزل تعادل قوة القانون[2] بينما ذهب أحدهم إلى أن القوة القانونية لتلك المبادئ أقل من قوة القانون وأعلى من قوة اللائحة، وأن ذلك لا يؤثر على خضوع اللوائح المستقلة المخالفة لها لرقابة القضاء الإدارى الذى يستطيع الغاء اللائحة فى هذه الحالة[3].

=ويؤيد القيمة الدستورية للمبادئ القانونية العامة من الفقه المصرى: الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى – مقالته سالفة الذكر – مجلة الحقوق السنة ٨ – عدد ٣، ٤ ص ٥٤، ٧٥. ويمكن القول بأن الأستاذ الدكتور محسن خليل يعترف لهذه المبادئ أو على الأقل لبعضها بالقيمة الدستورية، أنظر مؤلفه المشترك مع الأستاذ الدكتور سعد عصفور فى القضاء الإدارى ١٩٧٧ ص ٤٩ وما بعدها وخاصة ص ٥٥ – ٦٠ وفى نفس هذا الاتجاه، الدكتور محمد عصفور فى مؤلفه مذاهب المحكمة الإدارية العليا سالف الذكر ص ٣٥٧، ٣٨٦ كذلك مقالته عن موقف الديمقراطيات من الرقابة على دستورية القوانين – مجلة المحاماة ٥١ – عدد ١ ص ٦.

(1) RIVERO, Droit Adminstratif, op. cit., 7e éd. P. 77.

(2) DE LAUBADERE, Droit Adminstratif, 6e éd. 1973, p. 247.

ومن الفقه المصرى الأستاذ الدكتور محمد كامل ليلة – مقدمة القانون الإدرى سالف الذكر ص ٤٩٧ والأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى – القضاء الإدارى – الطبعة الرابعة ١٩٧٩ – ص ٥٣٥، والدكتور محمود حلمى: المقالة سالفة الذكر – ص ١٩١.

(3) CHAPUS, Article cité, D. 1960. 119.

ومن الفقه المصرى الأستاذ الدكتور محمود حافظ، المرجع السابق، ص ٤٠.

والدكتور كمال أبو العيد – مقالته سالفة الذكر – المحاماة السنة ٥٩ – عدد ١، ٢ ص ٧٠.

وفي اتجاه مختلف ذهب فقيه آخر [1] إلى أبعد من ذلك حيث قرر أنه بصدد العلاقة بين اللوائح المستقلة والمبادئ العامة للقانون، ليس من المتصور وجود مثل هذه المبادئ إلا في طائفتين:

الأولى: هي تلك المبادئ المستمدة من إعلان الحقوق في ١٧٨٩ ومن مقدمة دستور ١٩٤٦، وهي مبادئ تتمتع بالقيمة الدستورية، ويضمن القاضي خضوع الإدارة لها مع احتمال قيام القانون بمخالفتها ومن ثم اللائحة.

والأخرى: هي تلك المستخلصة من اللوائح المستقلة ومن القوانين الصادرة قبل ١٩٥٨ في نطاق اللائحة المستقلة الآن، وهي طائفة نشأت نتيجة صدور دستور ١٩٥٨ طبقاً للمواد ٣٤، ٣٧، وقيمة هذه المبادئ هي قيمة اللوائح المستقلة، فهي تعبر عن إرادة السلطة اللائحية ولذلك فإنها لا تقيد من يمارس هذه السلطة، وإن كانت تفرض على كافة السلطات الإدارية الأخرى الأقل مرتبة من السلطة المختصة بوضع هذه النصوص.

بيد أن غالبية الفقه الفرنسي المعاصر يتلاقى اليوم على الإقرار بأن للمبادئ العامة للقانون مرتبة إلزامية تعلو مرتبة القانون الصادر عن السلطة التشريعية، وتصل إلى مرتبة الدستور ذاته باعتبارها المبادئ الكبرى التي تمثل الفلسفة السياسية للأمة، والتي يتأسس عليها نظامها القانوني منذ قيام الثورة

---

(1) MORANGE, Une catégorie ambigué, Le principe général de droit, R. D. P. 1977, 761.

ويرى هذا الفقيه أن المبادئ المستمدة من القوانين تقتصر وفقاً لدستور ١٩٥٨ على موضوعات المادة ٣٤ فقط. وبالتالي فهي لا تتعلق بنطاق اللائحة المستقلة، وفي تقدير الفقيه أن ذلك الأمر قد تسبب في تقلص دور المبادئ القانونية العامة إلى حد كبير وخاصة بصدد احتمال ظهور مبادئ قانونية عامة جديدة، حيث لن تظهر هذه الطائفة من المبادئ إلا في نطاق موضوعات م٣٤ وبالتالي لن يكون لها أي قيمة قانونية في نطاق موضوعات م٣٧ أي في نطاق اللائحة المستقلة، لأن الدستور منع كل تدخل للقانون في هذا النطاق، فإذا كان القانون لا يمكنه ذلك صراحة، فإنه لا يستطيع ذلك ضمناً أي عن طريق المبادئ القانونية العامة. ونشير في النهاية إلى أن هناك في الفقه المصري من ينكر كل قيمة قانونية للمبادئ القانونية العامة – أنظر الدكتور على السيد الباز – رسالته سالفة الذكر ص ٤٠١ – ٤٠٢.

الفرنسية، بحيث يجوز القول بأن دساتير فرنسا وتشريعاتها تفصح عن اعتناقها لهذه المبادئ التى أدت إلى إعلاء دولة القانون وأملت الشروط والقواعد الدستورية التى كفلت قيام الدولة القانونية.

رأينا فى تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون:

فى تقديرنا أنه يجب الاعتراف للمبادئ العامة للقانون بمرتبة تعلو على قوة القانون دون أن تصل إلى مرتبة الدستور، لأنه إذا جاز للدستور أن يخالف بنصوصه الصريحة تلك المبادئ نظراً لأنها لم تعد تتفق مع ظروف المجتمع مثلاً، فإنه لا يجوز أن يكون للمبادئ العامة ذات الأمر، ومن ثم فلا يمكن للقاضى أن يهدر قواعد الدستور الصريحة بحجة أن للمبادئ العامة للقانون أن تخالفه – لاحقاً – باعتبارها فى نفس قوتها.

ومن ناحية أخرى فإن هذه المبادئ تعلو فى قوتها على القوانين لأنها لابد وأن تفرض على كافة السلطات التى أسسها الدستور دون تمييز، وإذا كان من السهل فرض احترام المبادئ المستمدة من أحكام الدستور أو مقدمته عليها، فإنه يجب أن تتمتع المبادئ المستمدة من أحكام القوانين أيضاً بذات الاحترام وخاصة على السلطة التشريعية إذ لا شك أن إقرار القضاء لتلك المبادئ يعنى أنها غدت من الأسس التى تنظم حياة أفراد المجتمع وبالتالى فإنها تصبح ملكاً لهذا المجتمع حيث لا تستطيع أية سلطة مؤسسة أن تخالفها حتى ولو كانت هذه المبادئ من صنعها ضمنياً، بينما يجوز للمشرع الدستورى دون غيره أن يخالف بنصوصه الصريحة تلك المبادئ إذا رأى أنها لم تعد تتفق مع ظروف المجتمع، لأن الدستور هو تعبير عن الإرادة الصريحة للشعب صاحب السيادة ومصدر السلطات، على حين أن المبادئ العامة هى تعبير عن إرادته الضمنية أو المفترضة، ولا مراء فى أن الإرادة الصريحة تعلو عليهما ولها الأولوية فى التطبيق. ومن ناحية أخرى لا يسوغ للقضاء إعمال المبدأ العام فى بعض الحالات دون الأخرى رغم تماثلها، لأن تطبيق هذه المبادئ حيناً ومخالفتها حيناً آخر ينفى عنها تماماً صفة "المبدأ".

وقد سبق أن أوضحنا أن المبادئ العامة للقانون هى فى حقيقتها مجموعة من الأسس التى يتخذها المشرع ذاته مرشداً له عند وضع النصوص القانونية ولذلك يكون منطقياً أن تعلو هذه المبادئ من حيث المرتبة التشريعات التى يسنها البرلمان بحيث تلتزم السلطة التشريعية بعدم مخالفتها التزاماً بالمشروعية وما تقتضيه من تدرج القواعد القانونية.

بيد أنه يلزم ملاحظة أن دور القضاء بصدد تقرير المبادئ القانونية العامة لا يعنى أن هناك مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات، أو أن القضاء يتدخل فى وظيفة التشريع، فالقاضى لا يتمتع بسلطة تشريعية، وتقريره للمبادئ العامة ليس معناه أنه يشرع، كما أن التزام البرلمان بالمبادئ العامة لا يعنى خضوعه للسلطة القضائية، إذ أن القاضى وهو يضع المبادئ القانونية العامة لا يكون حراً فى وضعها دون ضوابط، فهو يتمثل التنظيم القانونى السائد فى مجموعه وينزل على مقتضاه ويتقيد بروحه، وهو مقيد ومرتبط بمعتقدات وفلسفة قومية كامنة فى الضمير العام للمجتمع، تتسلط على عمله وتتغلغل فى ضميره، حتى يمكنه أن يترجم بأمانة ودقة ما ينطوى عليه ضمير الأفراد من مبادئ تعبر عن حاجات عليا جوهرية للمجتمع، ومن هنا فإن المبادئ العامة تتصف علاوة على عموميتها، بأنها أكثر استقراراً من القواعد التشريعية.

وتأسيساً على ما تقدم فإن السلطة التشريعية تلتزم – مثلها فى ذلك مثل الإدارة تماماً – بالمبادئ العامة للقانون علاوة على أحكام الدستور، إذ يتعين على تلك السلطة أن تعى أنها ليست مطلقة الحرية فى وضع القانون وإنما هى مقيدة بحدود معينة، وبدون ذلك فإن سيادة القانون تكاد تفرغ من أى مضمون، وتصبح السلطة التشريعية سلطة غير قانونية أو بالأحرى سلطة مستبدة، ولن يخفف من ذلك أن هذه السلطة هى سلطة جماعية، لأن أربعمائة وخمسون مستبداً – مثلاً – لا يقلون خطورة ولا جوراً عن مستبد واحد.

يؤيد ذلك، أن بعض الفقهاء الذين عارضوا الاعتراف بالقيمة الدستورية للمبادئ العامة، اعترفوا فى ذات الوقت بوجود صعوبات تعترض آرائهم

المقابلة لذلك، وخاصة أمام اعتراف المجلس الدستورى الفرنسى بوجود هذه المبادئ العامة وبفرضه احترام المشرع لها[١] وذلك فى قراره الصادر فى ١٦ يوليو ١٩٧١، وهو ما استقر عليه المجلس الدستورى[٢]، وذلك من ناحية وكذلك أمام إخضاع مجلس الدولة الفرنسى الأوامر التفويضية – وهى تتمتع بقوة القانون – لتلك المبادئ من ناحية أخرى[٣].

بل أن بعض الفقهاء، ممن لا يعترفون للمبادئ العامة سوى بقوة القانون، يرون أن مجلس الدولة الفرنسى يحرص على تفادى مخالفة المشرع لهذه المبادئ، وتبعاً لذلك يتجه المجلس إلى تغليب هذه المبادئ على التشريع، على أساس أن المبادئ العامة ما هى إلا قواعد تفسير لا يجوز أن تخرج عليها التشريعات، فإذا ما كان هناك نصاً صريحاً يخرج على المبادئ العامة، فإن المجلس يلجأ إلى حماية المبدأ مع التظاهر باحترام للنص باعتباره استثناء لا يمس عمومية المبدأ، وبالتالى يجرى على الاستثناء مبدأ التفسير الضيق وفقاً لقواعد التفسير[٤].

أكثر من ذلك، يقر هذا الفقه بأن مجلس الدولة الفرنسى، يخالف أحياناً النص الصريح، ويغلب عليه المبدأ العام، إذا تعارض هذا النص الصريح مع مبدأ أساسى لا يصح التفريط فيه.

---

(1) RIVERO, Droit Adminsratif, 7 éd., op. cit., p. 77.
C. C. 26 Juin 1969, G. D. C. C. 1975 p. 241 – 256.

(٢) أنظر قرار المجلس الدستورى فى ٢٦ يونيو ١٩٦٩، وكذلك قراره فى ٢٤ أكتوبر ١٩٦٩ والتعليق عليه فى:
VOISSET, La reconnaissance de L'existence de P. G. par le C. E., J. C. P. 1969. 2290 bis.
كذلك القرارات الثلاثة التى أشار إليها:
AUBY –DRAGO, op. cit., II, n 1161, p. 344.

(3) DE LAUBADERE, Droit Adminstratif, op. cit., p. 248.
C. E. 24 Nov. 1961, Fédération nationale de syndicat de police, D. 1962. 424.

(٤) الدكتور محمد كامل ليلة – مقدمة القانون الإدارى ص ٥٠٠.

وفى تقديرنا أن هذا المسلك من مجلس الدولة الفرنسى يؤكد أن المجلس إنما يعترف للمبادئ العامة بمرتبة تعلو القوانين العادية، دون أن يقر بذلك صراحة، خاصة وأنه لا يتعرض فى قضائه إلى بحث مشروعية القوانين أو دستوريتها، إذ يقتصر عمله فحسب على فحص مشروعية الأعمال الإدارية.

ولا ريب أن الاعتراف للمبادئ العامة بقوة قانونية تعلو على القوانين، يحقق حماية كبيرة لحقوق الأفراد وحرياتهم العامة سواء فى الدول التى تبيح للقضاء فرض رقابته على دستورية القوانين كمصر، أو فى الدول التى لا تبيح للقضاء ذلك مثل فرنسا، إذ أنه فى الحالتين فإن القضاء الإدارى يمكنه إخضاع القرارات الإدارية اللائحية والفردية للرقابة من حيث الموضوع بمطابقة مضمون ومحتوى هذه القرارات للمبادئ القانونية العامة دون أن يؤثر على رقابته وجود نصوص تشريعية تخالف هذه المبادئ كالنصوص التى تمنع القضاء من النظر فى بعض المسائل، ففى مثل هذه الحالة يستطيع القاضى، دون حاجة إلى فحص مدى دستورية هذه النصوص، فرض رقابته على هذه المسائل بالرغم من تلك النصوص المانعة، استناداً إلى تعارضها مع مبدأ "ضرورة كفالة حق التقاضى" وهو من المبادئ القانونية العامة، على أساس أنه عند تزاحم القواعد القانونية، يتعين تطبيق القاعدة القانونية الأعلى.

ولذلك كان طبيعياً أن يعلن مجلس الدولة الفرنسى فى بعض أحكامه أن دعوى الالغاء (أو دعوى تجاوز السلطة كما يطلق عليها فى فرنسا)، "هى دعوى مفتوحة فى مواجهة كل قرار إدارى دون حاجة للنص عليها إذ أنها تعمل على تحقيق احترام مبدأ المشروعية وذلك طبقاً للمبادئ القانونية العامة"[1]، بمعنى أن هذه الدعوى لا ترتبط بنصوص تشريعية، وإنما ترتبط بالمبادئ العامة للقانون باعتبارها أداة لتحقيق المشروعية.

(1) C. E. 17 Fev. 1950, Dame Lamotte, L. 110 R. D. P. 1951. 478.

والخلاصة أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بمرتبة الزامية تلى القواعد الدستورية وتسبق القواعد التشريعية العادية، مما يعنى أن على المشرع أن يستوحى ما يقرره من أحكام من المبادئ العامة، لأن الفرد العادى إذا كان ملزماً الخضوع للقانون الذى يضعه فرد آخر فى يده سلطة التشريع، فإن ذلك لا يعنى خضوع إرادة الأول لإرادة الثانى، فالمشرع لا يضع القانون باعتباره إنساناً، وإنما باعتباره عقلاً مجرداً عن المصالح والأهواء، أو هكذا ينبغى أن يكون[1].

ولا ريب فى أن خضوع المشرع للمبادئ العامة للقانون، باعتبارها المثل العليا للتشريع، هو الطريق الرئيسى لتحقيق الخير العام للمجتمع والمصلحة العامة لجميع أفراده، وفيه أعظم الضمان فى عدم استبداد المشرع فى أية دولة، فلا شك فى أن القانون الذى لا يترجم بأمانة ما يعتنقه الشعب من مبادئ، وما يسود المجتمع من أسس فكرية، هو قانون مخالف للعدل وغير واجب الاحترام، مما يوجب على القضاء التصدى له، إعلاءً لكلمة الحق والعدل.

والواقع أن المشرع لا ينشئ القواعد القانونية من العدم، فهو يخلق هذه القواعد بعد أن تتأكد حاجة المجتمع إليها ووفقاً للمبادئ السائدة بين أفراده، ومن ثم تغدو هذه القواعد تعبيراً عن إرادة الشعب فى إقرارها، مما يضمن تنفيذها والالتزام بها اقتناعاً، فهى قواعد نابعة من الشعب وليست مفروضة عليه. وبذلك تكون هذه المبادئ العامة هى التجسيد الواضح للديمقراطية الحقة، فهى ملزمة للمشرع عندما يسن تشريعاته، فإذا أقرها فى تلك التشريعات، فإن ذلك لا يعنى أنها من خلق المشرع، فهو لا يملك إلا تقريرها، ولا يمكنه مخالفتها، وصمته أو امتناعه عن إقرارها لا يؤدى إلى عدم الالتزام بها من جانب القضاء.

(١) الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق – ص ١٣٧.

ولذلك فإن الفقه يلاحظ بحق أنه من الناحية الواقعية، فإن المشرع يراعى بقدر الإمكان عدم مخالفة القوانين التى يصدرها للمبادئ العامة للقانون، وحتى فى الحالات التى يخرج فيها المشرع على ذلك، فإنه يحاول عن طريق الوسائل الفنية فى الصياغة أن يغطى هذه المخالفة حتى لا تنكشف أمام الناس. ويعتبر هذا المسلك من جانب المشرع نوعاً من النفاق الذى يشهد على قوة المبادئ العامة للقانون، فهى تفرض على المشرع احترامها حتى فى الحالات التى يدفعه هواه إلى الخروج عليها(١).

وبالإضافة إلى اعتناق المشرع فى كثير من الدول، عديد من المبادئ العامة التى كشف عنها القضاء واستقر عليها فى أحكامه فإنه ينص صراحة فى بعضها، على سلطة القضاء فى الالتجاء إلى هذه المبادئ، فالمشرع السويسرى مثلاً ذهب صراحة فى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى الصادر عام ١٩٠٧ إلى النص على أنه "... فإذا لم يجد القاضى نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه، حكم بالقواعد التى يضعها لو كان مشرعاً، مستهدياً فى ذلك برأى الفقه وأحكام القضاء"(٢).

---

(١) الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق – ص ٢٥٨، والمرجع الذى أشار إليه:
RAIPERT, Les forces credo Droit, Paris, 1955, P. 343.

(٢) وقد اتجه المشرع فى عديد من الدول العربية إلى تخويل القاضى نفس السلطة تقريباً، ففى دولة الإمارات العربية تنص المادة ٨ من قانون إنشاء المحاكم الإتحادية رقم ٦ لسنة ١٩٧٨ على أن "تطبق المحاكم الإتحادية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الإتحادية وغيرها من القوانين المعمول بها، كما تطبق ما لا يتعارض مع أحكام الشريعة من قواعد العرف والمبادئ القانونية العامة".
كما تنص المادة ٧٥ من قانون المحكمة الإتحادية العليا هناك، وهى تعد محكمة دستورية عليا ومحكمة نقض فى ذات الوقت، على أنه "تطبق المحكمة العليا أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الإتحادية. كما تطبق ما لا يتعارض مع أحكام تلك الشريعة من قواعد العرف ومبادئ القانون الطبيعى والقانون المقارن" وهذا النص يتشابه مع نص المادة الأولى فى القانون المدنى المصرى، وهو نص نلقاه فى معظم القوانين المدنية بالدول العربية مثل سوريا والعراق والكويت وليبيا، مع ملاحظة أن القانون الطبيعى وقواعد العدالة المشار إليها فى هذه النصوص هى المصادر الموضوعية الرئيسية للمبادئ القانونية، كما أن على رأس هذه المصادر فى تلك=

ومن ناحيته يؤكد القضاء فى أحكامه على اعتناق كثير من المبادئ القانونية العامة، فقبل إنشاء القضاء الدستورى فى مصر، أكد القضاء الإدارى منذ إنشائه على ذلك، حيث قضت محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٤٨/١٢/١ على أنه "يجوز لمحكمة القضاء الإدارى تقرير قواعد قانونية فى أحكامها لها قوة القانون، يجب على السلطات الإدارية العاملة مراعاتها والعمل بها فى تصرفاتها المستقبلية" [١].

هذا الحكم المبكر يشير بما لا يدع مجالاً للشك إلى سلطة القضاء الإدارى فى "تقرير قواعد قانونية" فى أحكامها، وهو ما يعنى بلا جدال سلطة تقرير المبادئ القانونية العامة وإلزام السلطات الإدارية بها لما لها من قوة القانون، باعتبار ذلك من مقتضيات مبدأ فصل السلطات وفقاً لمعناه الصحيح والذى لا يجيز للقانون النص على خلاف ذلك.

وقد تواترت أحكام القضاء الإدارى بعد ذلك مؤكدة على المبادئ القانونية العامة فى المجال الدستورى، حيث اعتبرتها من المبادئ الدستورية العامة أو من المبادئ العليا الدستورية[٢].

ومع إنشاء القضاء الدستورى ممثلاً فى المحكمة العليا عام ١٩٦٩ ثم المحكمة الدستورية العليا القائمة حالياً عام ١٩٧٩، اتجهت أحكام هذا القضاء

=الدول مبادئ الشريعة الإسلامية، ومن هذه المصادر كذلك ما يتعلق بالمعقولية والمنطقية أو ما يتفق مع الوجدان السليم كما يقول المشرع السودانى، الذى ينص فى المادة ٢١٦ من قانون الإجراءات المدنية على أنه "فى المسائل التى لا يحكمها أى نص تشريعى تطبق المحاكم المبادئ التى استقرت قضاءً فى السودان ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف والعدالة والوجدان السليم"، وهذه كلها كما قلنا من مصادر المبادئ القانونية العامة. ومن الجدير بالملاحظة أن الدول الإنجلوسكسونية مثل انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية تأخذ بالمبادئ القانونية العامة باعتبارها قواعد ملزمة، ويطلق الفقهاء على هذه المبادئ أحياناً اصطلاح شريعة الأرض "Law of the Land" ويقصدون بذلك الشريعة السائدة فى المجتمع.

(١) حكمها فى القضية ٢٠٠ لسنة ١ق، المجموعة السنة ٣ ص ١٠٦.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع بحثنا: مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد – مجلة الحقوق – العدد الثانى – ١٩٩٠ – ص ٤٨ وما بعدها.

إلى اعتناق عديد من المبادئ القانونية العامة، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن كثير من الحقوق ليست عصية على التنظيم التشريعي، وإنما يجوز تحميلها بالقيود التي تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، بمراعاة الموازنة التي يتعين أن يجريها المشرع ويرجح من خلالها ما يراه من المصالح أولى بالرعاية وأجدر بالحماية على ضوء أحكام الدستور، مستهدياً بوجه خاص بالقيم التي تنحاز إليها الجماعة في مرحلة من مراحل تطورها[١]. إذ من الجلي لدينا أن القيم المشار إليها في هذا الحكم هي تلك التي تبلورها المبادئ القانونية العامة[٢].

---

(١) حكمها في ١٩٩٢/٥/٢٧ قضية ٢٥ لسنة ١١ ق دستورية.

(٢) ولذلك تصف المحكمة بعض الحقوق - مثل حق الدفاع - بأنه قد أضحى مستقراً كحقيقة مبدئية لا يمكن التفريط فيها، مندرجاً في إطار المبادئ الأساسية للحرية المنظمة واقعاً في نطاق القيم التي غدا الإيمان بها راسخاً في وجدان البشرية - حكمها في ١٩٩٢/٥/١٦ القضية ٦ لسنة ١٣ق، دستورية، كما اعتبرت أن انتهاك أصل البراءة "باعتبارها مبدأ بديهياً يعد خطأ لا يغتفر مستوجباً نقض كل قرار لا يتوافق معها" - حكمها في ١٩٩٨/١/٣ القضية ٢٩ لسنة ١٨ق دستورية. راجع كذلك وصفها لأصل البراءة بأنه يعكس قاعدة مبدئية تعتبر في ذاتها مستعصية على الجدل، واضحة وضوح الحقيقة ذاتها، في حكمها بتاريخ ١٩٩٢/٢/٢ القضية ١٣ لسنة ١٢ق دستورية.
وتربط المحكمة الدستورية بين العدالة وتلك القيم، فتقول في بعض أحكامها أن الدستور قرن العدل بكثير من النصوص التي تضمنها، وحيث أن الدستور قد خلا من تحديد لمعنى العدالة في النصوص السابقة. فإن المقصود بها ينبغي أن يتمثل فيما يكون حقاً وواجباً سواء في علائق الأفراد فيما بينهم، أو في نطاق صلاتهم بمجتمعهم، وإن تعين دوماً تحديدها من منظور اجتماعي، ذلك أن العدالة تتوخى - بمضمونها - التعبير عن القيم الاجتماعية السائدة في مجتمع معين خلال فترة زمنية محددة. وبقدر إتساع الفجوة بين هذا المفهوم وعملية صناعة القانون، بقدر ما يكون القانون قاصراً عن إنفاذ حقائق العدل الاجتماعي، فلا يقدم حلاً ملائماً لتصادم المصالح فيما بين الأفراد ومجتمعهم، مبتعداً بذلك عما يكون لازماً إنصافاً .. ومؤدى ما تقدم أن العدالة - في غايتها - لا تنفصل علاقاتها بالقانون باعتباره أداة تحقيقها، فلا يكون القانون منصفاً إلا إذا كان كافلاً لأهدافها، فإذا ما زاغ المشرع ببصره عنها، وأهدر القيم الأصيلة التي تحتضنها، كان منهياً للتوافق في مجال تنفيذه، ومسقطاً كل قيمة لوجوده، ومستوجباً تغييره أو الغاءه - حكميها في ١٩٩٦/٢/٣ القضية ٣٣ لسنة ١٦ ق دستورية - وفي ٢٠٠٠/٦/٣ القضية ٢١ لسنة ٢٠ق دستورية.
وتؤكد المحكمة أهمية تلك القيم، التي تحوزها المبادئ القانونية العامة، بأنه لا يجوز تفسير النصوص الدستورية باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع جاوز الزمن حقائقها، فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بآلية عمياء إلا حرثاً في البحر، بل=

ومن ناحية أخرى فإن الفقه الحديث فى مصر بات يسلم بهذه المبادئ ودورها فى المجال الدستورى، حيث يؤكد أن الواقع العملي يشير إلى "أن القاضي يستعين بهذه المبادئ ليؤول نصوص الدستور إذا تحملت التأويل، أو أنه يعتمد فى تطبيقه لهذه المبادئ على صمت الدستور أو عدم وجود نص صريح يعارضها، فيطبق هذه المبادئ باعتبارها أصلاً عاماً أو قاعدة واجبة الإتباع"(١).

ومن الأمثلة القضائية للمبادئ الدستورية العامة فى قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر، مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد double geopardy الذى وصفته المحكمة بأنه مبدأ مستقر بين الدول a universal maxim، كفلته النظم القانونية جميعها، وصاغته المواثيق الدولية، وذلك إلى جانب مبدأ شخصية العقوبة وتناسبها مع الجريمة محلها ومعقوليتها أو منطقيتها وقد كشفت المحكمة عن هذه المبادئ باعتبارها مستخلصة من الحرية الشخصية التى أعلى المشرع الدستورى فى مصر من شأنها – دون غيرها – بأن وصفها بأنها حق طبيعى وهى مصونة لا تمس وذلك فى المادة ٤١ من الدستور، ولذلك استطاعت المحكمة أن تستنبط من هذه الحرية عديد من الحقوق والحريات التى تندرج كما تقول المحكمة فى "الحقوق التى يعتبر التسليم بها فى الدول الديمقراطية مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، وضمانة

=يتعين فهمها على ضوء قيم أعلي غايتها تحرير الوطن والمواطن ... فالدستور وثيقة تقدمية لا تصد عن التطور آفاقه الرحبة، فلا يكون نسيجها إلا تناغماً مع روح العصر، وما يكون كافلاً للتقدم فى مرحلة بذاتها، يكون حرياً بالاتباع بما لا يناقض أحكاماً تضمنها الدستور – حكمها فى ١٩٩٧/٢/١ القضية ٧ لسنة ١٦ق. دستورية.

(١) الدكتور محمد ماهر أبو العينين: الإنحراف التشريعى والرقابة على دستوريته – ١٩٨٧ ص ٤٣١ وما بعدها – ويراجع بصدد المبادئ القانونية العامة عموماً مؤلفنا: الوسيط فى دعوى إلغاء القرارات الإدارية – ٢٠٠٤ ص ٦١١: ٧٠٠، كذلك الدكتور عادل عمر شريف: قضاء الدستورية. القضاء الدستورى فى مصر – ١٩٨٨، حيث يؤيد اتجاهنا فى اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة بذاتها للسلطة التشريعية، مثلها فى ذلك مثل غيرها من المبادئ القانونية العامة، ومن ثم فإنها تعتبر مرجعاً للرقابة القضائية على دستورية التشريعات، ص ٢٠٨: ٢٣٧.

أساسية لصون حقوق الإنسان، بما مؤداه وفقاً لمبدأ خضوع الدولة للقانون عدم جواز أن تخل تشريعات الدولة بهذه الحقوق، ومنها الحقوق الوثيقة الصلة بالحرية الشخصية بالنظر إلى مكوناتها وخصائصها"[1]، ومثال هذه الحقوق أو الحريات حرية التعاقد[2]، والحق في الزواج واختيار الزوج وتكوين الأسرة[3]، والحق في التنمية[4]، إضافة إلى ما قررته المحكمة من امتداد بعض الحقوق إلى تطبيقات أخرى مثل الحق في المحاكمة المنصفة الذي يمتد لغير المحاكمات الجنائية[5]، وكذلك الارتفاع ببعض الحقوق من مصاف الحقوق التي نص عليها القانون، إلى مرتبة الحقوق الدستورية، وهو أمر بالغ الأهمية، إذ مقتضاه أن النص على أحد الحقوق العامة، التي يتعين التسليم بها وفقاً للمبادئ القانونية

---

(١) راجع أحكامها في ١٩٩٢/١/٤ القضية ٢٢ لسنة ٨ق. دستورية – وفي ١٩٩٥/٨/٥ القضية ٨ لسنة ١٦ق. دستورية – وفي ١٩٩٦/٦/١٥ القضية ٤٩ لسنة ١٧ق. دستورية – وفي ٢٠٠٠/٦/٣ القضية ٢١ لسنة ٢٠ق. دستورية.

(٢) أحكامها في ١٩٩٧/٦/٧ القضية ١٦ لسنة ١٧ق. دستورية – وفي ١٩٩٧/١٠/٤ القضية ٧١ لسنة ١٩ق. دستورية – وفي ١٩٩٧/١١/١٥ القضية ١٤٩ لسنة ١٨ق. دستورية – وفي ٢٠٠٠/٣/٤ القضية ١٤٤ لسنة ٢٠ق. دستورية، وفي هذه الأحكام يعتد قضاء المحكمة بحرية التعاقد باعتبارها "قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صوناً للحرية الشخصية، كونها من الخصائص الجوهرية لها، علاوةً على أنها وثيقة الصلة بالحق في الملكية".

(٣) أحكامها في ١٩٩٥/٣/١٨ القضية ٢٣ لسنة ١٦ق، دستورية – وفي ١٩٩٥/١٢/٢ القضية ٣٣ لسنة ١٥ق. دستورية، حيث استقر قضاء المحكمة فيها على أن "إغفال بعض الوثائق الدستورية النص على الزواج كحق، وما يشتمل عليه بالضرورة من حق اختيار الزوج، لا ينال من ثبوتها .. ذلك أن هذين الحقين يقعان داخل مناطق الخصوصية التي كفل صونها الدستور ... كما أن أبعاد العلاقة بين النصوص الدستورية وربطها ببعض، كثيراً ما ترشح لحقوق لا نص عليها، ولكن تشي بثبوتها، ما يتصل بها من حقوق، والتي تعد مدخلاً إليها ... وكثيراً ما تفضي فروع بعض المسائل التي إنتظمتها الوثيقة الدستورية إلى الأصل العام الذي يجمعها ... ولا يكون ذلك إلا من خلال فهم أعمق لمراميها واستصفاء ما وراءها من القيم والمثل العليا التي أحتضنها الدستور.

(٤) حكمها في ١٩٩٦/٣/٢ قضية ٣٤ لسنة ١٥ق. دستورية، وفيه اعتبرت المحكمة أن هذا الحق وثيق الصلة بالحق في الحياة.

(٥) أحكامها في ١٩٩٥/١٢/٢ قضية ٢٨ لسنة ١٧ق. دستورية – وفي ٢٠٠٠/١/١ قضية ٢٠٦ لسنة ١٩ق. دستورية.

العامة فى تشريع يصدر عن السلطة التشريعية لا يعنى الهبوط بالقوة الإلزامية له إلى مرتبة القوانين العادية، بحيث يحق للمشرع بعد إقراره العدول عنه أو نقضه أو الإنتقاص منه، ومثال ذلك مبدأ رجعية القوانين الجنائية الأصلح للمتهم(١).

والخلاصة أن القضاء الدستورى فى فرنسا ومصر، يساندهما الفقه الحديث فيهما، يذهبان إلى الاعتداد بالقيمة الدستورية للمبادئ القانونية العامة، مما يعنى الاعتراف للقضاء الذى يكشف عن هذه المبادئ بصفة المصدر الرسمى للقانون الدستورى، بالرغم من أن الأصل فى فرنسا ومصر أن القضاء مصدر تفسيرى للقانون(٢). ولذلك يلزم الاعتراف بأن للمبادئ العامة للقانون مرتبة إلزامية تعلو على القوانين العادية، وإن لم تصل – فى تقديرنا – إلى مرتبة الدستور.

المبحث الثانى
القواعد العرفية

يعتبر العرف من المصادر غير المشرعة للقانون، ويراد به بصفة عامة، مجموعة القواعد القانونية الناشئة عن سلوك الأفراد أو السلطات العامة بخصوص أمر ما على نحو معين، وإطراد سلوكهم على هذا النحو، مع اعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم لهم.

---

(١) حكميها فى ١٩٩٢/١١/٧ قضية ١٢ لسنة ٣ق. دستورية – وفى ١٩٩٧/٣/١٥ قضية ٨٤ لسنة ١٧ق. دستورية، وفيهما قضت المحكمة صراحة بأن هذا المبدأ وإن اتخذ من نص المادة ٥ من قانون العقوبات موطناً وسنداً، إلا أن صون الحرية الشخصية التى كفلها الدستور هى التى تقيم هذه القاعدة وترسيها بما يحول بين المشرع وتعديلها أو العدول عنها .. إضافة إلى أنها تعتبر امتداداً لازماً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات فتكون لهما معاً القيمة الدستورية ذاتها.

(٢) تؤكد المحكمة الدستورية العليا على حقها فى الكشف عن المبادئ الدستورية وإقرار القواعد الدستورية وفقاً لها، من خلال مفهوم المخالفة لقضائها بأن "ليس للمحكمة أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد أوان إرسائها" – حكمها فى ١٩٩٤/٨/١٤ قضية ٣٥ لسنة ٩ق. دستورية، ومن هذا الحكم يستفاد أن للمحكمة أن تقرر القواعد الدستورية إذا تطلبت الظروف والتطورات والمستجدات ضرورة إقرارها.

ويشتمل هذا المصدر على القواعد العرفية الدستورية والإدارية، وهى التى تنشأ عن سلوك السلطات العامة، علاوة على القواعد العرفية الخاصة التى تنشأ عن سلوك الأفراد.

وتتعلق القواعد العرفية الدستورية بسلوك السلطات العامة بشأن مسالة تتصل بنظام الحكم فى الدولة، فى حين أن القواعد العرفية الإدارية تنشأ نتيجة اتباع الجهات الإدارية – على الأخص – لأوضاع محددة فى مزاولة نشاط معين لها. أما القواعد العرفية الخاصة، فهى تتعلق بسلوك الأفراد بصدد معاملاتهم بعضهم مع بعض.

ويتكون العرف من عنصرين هما العنصر المادى والعنصر المعنوى ويتمثل العنصر المادى فى الاعتياد على الأخذ بالقاعدة المتبعة وتكرار تطبيقها تطبيقاً منتظماً لا انقطاع فيه ما توفرت شروطه وهى العمومية والقدم والاستقرار، أما العنصر المعنوى فيتمثل فى عنصر الإلزام، أى شعور أطراف العلاقة التى تنظمها القاعدة العرفية بإلزام هذه القاعدة ووجوب سريانها.

وقد أعترف القضاء بالعرف باعتباره قواعد قانونية ملزمة للهيئات العامة أو الأفراد فيما ثبت بشأنه من الروابط بحيث تعتبر مخالفته إهداراً للمشروعية.

ولتحديد المرتبة الإلزامية للقواعد العرفية، يلزم علينا أن نحدد أولاً أساس القوة الملزمة للعرف.

المطلب الأول
أساس القوة الملزمة للقواعد العرفية

بالرغم من اتجاه البعض إلى إنكار القوة الملزمة للقواعد العرفية، على أساس أن التشريع وحده – وخاصة فى المجال الدستورى – هو المصدر الوحيد

للقانون[1]، إلا أن الغالبية العظمى من الفقه تعترف بأن العرف هو قانون، ومن ثم فإن القواعد العرفية تتمتع بقوة إلزامية مثلها فى ذلك مثل التشريع.

غير أن الفقه اختلف حين تصدى لتحديد الأساس الذى يمكن أن تقوم عليه القوة الملزمة للعرف، حيث ظهرت عدة اتجاهات يمكن تحديدها فيما يلى:

١ - الاستناد إلى الإرادة الضمنية للمشرع:

وهى أقدم النظريات فى هذا الصدد، ووفقاً لها فإن العرف يعتبر تشريعاً ضمنياً، أو بمعنى آخر فإن العرف يصدر عن الإرادة الضمنية للمشرع، يوافق عليه ضمناً وهو ما يستفاد من عدم اعتراضه عليه، وتطبيقه بواسطة السلطات العامة.

ويعاب على هذا الاتجاه أنه يخلط بين العرف والتشريع، وأنه ينكر حقيقة ثابتة وهى أن العرف كقانون أقدم فى النشأة من التشريع، كما أنه لا يفسر أساس القوة الملزمة للعرف بقدر ما يؤكد السلطة المطلقة للحاكم أو المشرع[2].

٢- الاستناد إلى الإحالة الصريحة للمشرع:

ووفقاً لهذا الاتجاه فإن العرف لا تكون له قيمة إلا إذا أحال إليه المشرع صراحة، مثلما فعل المشرع المصرى عندما نص فى المادة الأولى من التقنين المدنى على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف"[3].

---

(1) CARRE DE MALBERG, La loi, expression de la volonté générale, 1931, P. 7.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية فى القانون الدستورى والنظم السياسية ١٩٨٠ – ص ٣٧.
والأستاذ الدكتور طعيمة الجرف: نظرية الدولة والمبادئ العامة للأنظمة السياسية ونظم الحكم – ١٩٧٨ – ص ٤٦٠.

(٣) ويستخلص الفقه من مثل هذا النص أن العرف يعتبر مصدراً تكميلياً أو احتياطياً بجوار التشريع – راجع الدكتور محمود حلمى: المقالة سالفة الإشارة – ص ١٧٩ – وينتقد الدكتور سمير تناغو بحق هذا التفسير، على أساس أنه ليس للتشريع أن يحدد دوره أو دور غيره من مصادر القانون، لأن المرجع فى ذلك يكون لعلم القانون وليس للإرادة التحكمية للمشرع، المرجع السابق – ص ٤٦٦ وما بعدها.

وينتقد هذا الاتجاه بأنه يفترض سلفاً سمو التشريع على العرف، علاوة على تعارضه مع الحقيقة التاريخية الثابتة بأن العرف أقدم من التشريع.

٣- الاستناد إلى إقرار القضاء للعرف وتطبيقه:

وفقاً لهذه النظرية المنسوبة للفقيه "لامبير"[١]، فإن القضاء هو أساس القوة الملزمة للعرف، حيث يتكون العرف نتيجة تدخل القضاء – كإحدى السلطات العامة في الدولة – بتكرار الحكم في اتجاه معين، مما يؤدى في آخر الأمر إلى نشأة القاعدة القانونية. ومن غير شك فإن ذلك لا يعنى أن القضاء يخلق القاعدة القانونية من العدم وبطريقة تحكمية، بل هو يعتمد في ذلك على الأفكار السائدة في المجتمع، ولكن القضاء هو وحده الذى يحول هذه الأفكار إلى قواعد قانونية ملزمة.

غير أنه يعيب هذا الاتجاه أنه يخلط بين القواعد العرفية والمبادئ العامة للقانون، في حين أنهما مصدرين متميزين من مصادر القانون، ولا شك أن طريقة تكوين العرف تختلف تماماً عن أسلوب تحديد المبادئ العامة للقانون، والقاضي عندما يطبق العرف فإنه لا يتدخل في إنشائه أو تكوينه، فهو لا يطبق العرف إلا إذا تحقق من وجوده أولاً كقانون وضعي، إذ أن القاضي عليه واجب العلم بالقانون وتطبيقه، سواء تمثل القانون في قواعد تشريعية أم في قواعد عرفية.

٤- الاستناد إلى ضمير الجماعة:

يذهب هذا الاتجاه[٢] إلى أن المصدر الأساسي للقانون هو "ضمير الجماعة أو روح الأمة"، فالجماعة هي التي تخلق قانونها وهي التي تستقر في ضميرها على اتباعه، أما التشريع والعرف وغيرها مما جرى الفقه على اعتبارها مصادر للقانون، فهي مجرد إجراءات كاشفة عن قانون سبق تكوينه

---

(١) راجع في عرض هذه النظرية وأوجه النقد الموجهة إليها:
WALINE, L'individualisme et le droit, 2e éd., 1949, PP. 264 – 283.

(٢) راجع في عرض هذا الاتجاه – الأستاذ الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية سالف الذكر – ص ٣٨.

ونفاذه، أو هى وسائل لإظهار القانون والتعبير عنه، ومن ثم يكون العرف أقوى هذه الوسائل لأنه أقربها إلى ضمير الجماعة.

وينتقد هذا الاتجاه لقيامه على انكار تعدد مصادر القانون، كما أن اعتبار التشريع والعرف مجرد أدوات تكشف عن القانون ونفاذه، هى فكرة تخلط بين المصادر المادية للقانون أو بمعنى آخر جوهر القانون ومضمونه، وبين المصادر الرسمية للقواعد القانونية.

٥- الاستناد إلى أن العرف مصدر رسمى مستقل للقانون:

يذهب الرأى الراجح إلى أن مصادر القانون الرسمية هى مجرد طرق للتعبير عن إرادة الدولة، ولا ينحصر الحق فى التعبير عن هذه الإرادة فى السلطات العامة وعلى الأخص السلطة التشريعية منها، لأن ذلك يعنى الخلط بين سلطة الدولة وأجهزة مباشرة هذه السلطة.

وإسناد وظيفة التشريع إلى جهاز متخصص،لا يعنى أن ما يقوم به هذا الجهاز هو الطريق الوحيد للتعبير عن إرادة الدولة، بدليل أن للشعب فى النظم الديمقراطية المباشرة وشبه المباشرة سلطة التعبير عن إرادة الدولة، بالرغم من وجود المجلس النيابى فى النظام شبه المباشر.

وعليه فإن الشعب يستطيع أن يضع بنفسه القواعد القانونية غير المشرعة أو غير المقننة عبر السلطة التشريعية، وهى التى يطلق عليها اصطلاح "القواعد العرفية"، وذلك بوصفه أحد عناصر الدولة التى يمكنها وضع القوانين تعبيراً عن إرادة الدولة.

وكما يقول البعض، فإن القاعدة العرفية هى أكثر القواعد القانونية تعبيراً عن المجتمع، وأقلها تعبيراً عن الفرد، بمعنى أن كل أفراد المجتمع يعتبرون أجهزة خالقة لهذه القاعدة، دون اقتصار ذلك على بعض الأجهزة المتميزة[1]، وهو ما يؤكده آخرون بالقول أن العرف تعبير عن إرادة الشعب

(1) WALINE, L'individualisme, op. cit., P. 298.

الحقيقى، وذلك بالمقابلة للشعب "القانونى"[1].

وعليه فإن العرف هو تعبير مستقل عن إرادة الدولة، يتميز عن غيره من المصادر الأخرى التى تعد بدورها طرقاً للتعبير عن هذه الإرادة، ومن ثم تستمد القواعد العرفية قوتها الملزمة من سلطة الدولة، مثلها فى ذلك مثل التشريع.

المطلب الثانى
المرتبة الإلزامية للقواعد العرفية

يتجه جانب من الفقه إلى التفرقة بين أنواع القواعد العرفية بصدد تحديد المرتبة الإلزامية لهذه القواعد. فالعرف قد يكون دستورياً، كما قد يكون تشريعياً أو لائحياً، ومن ثم يتمتع العرف الدستورى بمرتبة الدستور، ويكون العرف التشريعى فى قوة القانون، بينما يقع العرف اللائحى فى مرتبة اللائحة، وهذا يعنى أن العرف الدستورى يسمو على التشريع المكتوب، والعرف التشريعى يسمو على اللائحة، كما أن العرف اللائحى الذى تتخذه هيئة إدارية معينة يسمو على القرارات الإدارية التى تصدر عن هيئة أدنى منها[2].

غير أن الاتجاه الغالب فى الفقه يرى أنه لا يكفى تحديد المرتبة الإلزامية للقواعد العرفية استناداً إلى نوعها فحسب، وإنما يلزم فى ذات الوقت التفرقة بين صور العرف الثلاثة والتى تتمثل فيما يلى:

---

(1) LEVY, Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans L'élaboration du droit constitutionnel, M. WALINE, t. II, P, 40.

(٢) الدكتور محمود حلمى: المقالة سالفة الذكر – ص ١٨٠.
الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق – ص ٤٧٤ و٤٧٥.
وهو يرى أن درجة العرف فى القوة يمكن استخلاصها من الركن المعنوى فيه، وهو ركن الاعتقاد القانونى. فهذا الاعتقاد هو الذى يحول الاعتياد المادى إلى قاعدة قانونية، وهو الذى يحدد قيمة هذه القاعدة فى التدرج الهرمى للنظام القانونى فى مجموعه. وغنى عن الذكر أن الاعتقاد القانونى يتأثر بدوره بالقوة الاجتماعية التى فرضت العرف، وما إذا كانت هذه القوة قادرة على خلق قواعد عرفية دستورية، أو قواعد عرفية عادية، أو قواعد عرفية فرعية. راجع مؤلفه سالف الذكر ص ٤٤١.

١- العرف المفسر وهو الذى يهدف إلى تفسير النص المكتوب وإجلاء غموضه وتوضيح معناه، أى أن أثره يقتصر على تفسير نص من النصوص، دون أن يتعدى ذلك إلى إنشاء قاعدة جديدة، ومن ثم يعتبر العرف المفسر جزءاً من النص المكتوب الذى يفسره، فيكون له ذات المرتبة القانونية التى يتمتع بها النص.

٢- العرف المكمل الذى يعمل على سد النقص فى النصوص المكتوبة، فيتولى تنظيم مسألة لم يسبق تنظيمها، ولذلك فهو لا يستند إلى نص مكتوب كالعرف المفسر.

٣- وأخيراً العرف المعدل وهو إما أن يكون معدلاً بالإضافة أى بإضافة حكم معين لمسألة سبق تنظيمها، وإما أن يكون معدلاً بالحذف أى بإهمال تطبيق حكم أقره المشرع، فيؤدى ذلك إلى سقوطه بعدم الاستعمال.

وقد اعترض معظم الفقه على الاعتراف بوجود هذا العرف المعدل على أساس أن تعديل أحكام الدستور أو القانون ينبغى أن يتم بالطرق والإجراءات المحددة لذلك،فى حين اعترف جانب منه بالعرف المعدل بالإضافة دون العرف المعدل بالحذف، والحق الأول بالعرف المكمل ليأخذ حكمه، بينما اعترف جانب آخر بالعرف المعدل بصورتيه باعتباره تعبيراً عن إرادة الأمة.

كما اختلف الرأى بشأن تحديد مرتبة كل من العرف المكمل والعرف المعدل، وخاصة فيما يتعلق بالعرف الدستورى[1]، فذهب رأى إلى أن العرف الدستورى يحتل مرتبة أسمى من الدستور، فى حين منحه آخرون مرتبة الدستور المكتوب، بينما لم يعترف له فريق ثالث سوى بمرتبة القوانين العادية،

(١) أنظر رسالة الأستاذ الدكتور ماجد الحلو فى العرف الدستورى - باريس ١٩٦٩، الأستاذ الدكتور محسن خليل مؤلفه فى القضاء الإدارى سالف الذكر ص ٥٢، الأستاذ الدكتور كامل ليلة - القانون الدستورى ١٩٦٧ ص ٣٦ وما بعدها، الأستاذ الدكتور عبد الحميد حشيش - المرجع السابق ص ٨٠ ومن الفقه الفرنسى:
DUVERGER, M. de droit constitutional ..., 5e éd., p. 201.

كما ذهب اتجاه رابع إلى الاعتراف للعرف بمرتبة أدنى من النصوص المكتوبة سواء كانت دستورية أم تشريعية أقرها البرلمان.

- وفى تقديرنا أن القواعد التى يتحقق بشأنها المدلول الحقيقى للعرف المفسر، لا تعد من القواعد القانونية بالمعنى الفنى الدقيق، حيث يشترط فى العمل القانونى أن يكون له نتائج قانونية، أو بالأحرى أن يكون من شأنه إحداث آثار قانونية بذاته، فى حين أن هذه القواعد العرفية المفسرة لا تنشئ أية أحكام جديدة للقواعد القانونية، أى أنها لا تضيف جديداً إلى المشروعية، ومن ثم لا تعتبر بذاتها مصدراً لقواعد التنظيم القانونى فى الدولة، فالواقع أن العرف المفسر لا يترتب عليه بذاته نتائج أو آثار قانونية، إذ هو ليس سوى مسلك للسلطات العامة أو الأفراد فيما يتعلق بتفسير وكيفية تطبيق النص الغامض، وهذا المسلك لا ينشئ عناصر جديدة فى مبدأ المشروعية رغم ما قد يهدف إليه من ضمان وحدة التفسير، ومع ذلك فإذا كان من المسلم عملاً بأن هذه القواعد يتحقق بشأنها عقيدة الإلزام، فإن هذا الإلزام يرجع فى الحقيقة إلى النص المكتوب محل التفسير، بمعنى أن القوة الإلزامية التى قد تتوافر بشأن العرف المفسر إنما تعود إلى اعتبار العرف المفسر جزءً من النص محل التفسير ذاته، فتسرى قوة النص الملزمة على العرف المفسر له، أى أن العرف المفسر إنما يستمد قوته الإلزامية من النص محل التفسير.

- أما بالنسبة للعرف المكمل، فإنه قد يتعلق بموضوع دستورى لم ينظمه الدستور، وهو لذلك يسمى بالعرف الدستورى المكمل. بيد أن موضوعات هذا العرف وإن تعلقت بالقواعد الدستورية من حيث الموضوع، إلا أنها ليست كذلك من حيث الشكل، فوفقاً للمعيار السائد فقهاً وقضاءً وهو المعيار الشكلى، فإن القواعد الدستورية هى تلك القواعد التى تدرج فى وثيقة الدستور ولو لم تكن لها الطبيعة الدستورية من حيث الموضوع. وترتيباً على ذلك فإن المسائل التى لم تنظم فى هذه الوثيقة لا تتمتع بصفة القواعد الدستورية ولا مرتبتها ولا حصانتها ولو كانت من الموضوعات الدستورية بطبيعتها.

وبنـاء علـى ذلـك، فـإن الموضـوعات التـى ينظمهـا العـرف الدسـتورى المكمل فى نظر الفقهاء هى موضـوعات، وإن كانت دستورية موضوعاً فإنها ليست كذلك من حيث الشكل، ومن ثم فإنها تعد من الموضوعات التـى يمكن للسلطة التشريعية تنظيمها باعتبارها صاحبة الولاية العامة فى التشريع وبالتالى فلا يمكن الاعتراف للقواعد التـى تكون محـلاً لهذا العـرف المكمـل بمرتبـة الدستور ولا حتى بمرتبة القوانين العادية، حيث يمكن للسلطة التشريعية مخالفة هذا العرف فى حين أن العكس غير صحيح.

وقد يتعلق العرف المكمل بموضوعات غير دستورية بطبيعتها، وهو إما أن ينشأ نتيجة سلوك الأفراد فيكون من القواعد العرفيـة الخاصـة، وقد ينشأ نتيجـة سلوك الإدارة علـى الأخص فيكـون من القواعد العرفيـة الإداريـة، وقد اعترف القانون المدنى المصرى وهو القـانون المنظم للعلاقات التـى تنشأ بين الأفراد، بالقواعد العرفيـة الخاصـة مصدراً من مصادر القـانون، فنص بـأن "تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التـى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضـى بمقتضى العرف ..." (م١)، مما يفيد بأن لهذا العرف مرتبة أدنى من القـانون إذ يشترط لتطبيقه عدم وجود نص تشريعى، وهو مـا يعنى أن للتشريع أن يخـالف أية قاعدة عرفية، فى حين أن القواعد العرفية ليس لها أية قوة إلزامية فـى حالـة وجود نص تشريعى، ومن ثم فليس لها مخالفة أى نص آخر.

وكذلك الأمر بالنسبة للعرف الإدارى، فقد أعترف لـه القضاء الإدارى المصرى بالقوة الإلزامية بالنسبة للإدارة، بحيث يكون باطلاً كل قرار أو إجراء يصدر عنها مخالفاً لقاعدة عرفيـة إداريـة، مـا لـم يتم ذلك نتيجـة عدول الإدارة عنه.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "العرف الإدارى تعبير اصطلح علـى إطلاقه علـى الأوضـاع التـى درجـت الجهات الإداريـة علـى اتباعهـا فـى مزاولـة نشاط معين. وينشأ عن استمرار الإدارة فـى التزامهـا بهذه الأوضـاع

والسير على سننها فى مباشرة هذا النشاط إلى أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة. ويشترط لاعتبار العرف ملزماً للإدارة أن يتوافر شرطان:

أولهما: أن يكون العرف عاماً وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة وصورة منتظمة، فإذا أغفل هذا الشرط فلا يرتفع العمل الذى جرت على مقتضاه الإدارة إلى مستوى العرف الملزم.

وثانيهما: ألا يكون العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم .." [1].

ويستفاد من هذا الحكم، أن القضاء لا يعترف للعرف الإدارى، إلا بمرتبة تلى التشريع وبالتالى لا يجوز أن يخالف العرف الإدارى نصاً قائماً سواء كان هذا النص دستورياً أو تشريعياً أو لائحياً[2].

وتأسيساً على ما تقدم يمكن القول بأن العرف المكمل بصفة عامة، لا يتمتع سوى بمرتبة قانونية أدنى من مرتبة التشريع، وسواء كان هذا العرف المكمل دستورياً أم إدارياً أم من القواعد العرفية الخاصة.

- وأخيراً بالنسبة للعرف المعدل، فإنه بصورتيه أمر غير مشروع، فهذا العرف المعدل من شأنه إنشاء أو الغاء قيد أو شرط أو اختصاص بصدد مسألة سبق للمشرع تنظيمها، ويشترط لمشروعية مثل هذا العرف صدوره ممن يختص بذلك، وهو بالنسبة للعرف الدستورى إما أن يكون السلطة التأسيسية، او وفقاً للإجراءات والشروط الواردة فى الدستور نفسه، وعليه فليس للسلطات العامة المؤسسة وهى التى تنشئ هذا العرف أن تقوم بذلك، وإلا كانت متجاوزة لسلطاتها واختصاصاتها المبينة فى الدستور على وجه التحديد[3]. ولا يجوز

---

(١) حكم فى ١٩٦٢/٢/٢٤ قضية ١٧٧ سنة ٥ ق. المجموعة السنة ٧ رقم ٥٤١ ص ٣٥٥ وكذلك أحكامها فى ١٩٦٠/٣/٢٦ قضية ٧٥٤ لسنة ٤ق. المجموعة السنة ٥ رقم ٦٣ ص ٧٥٠ وفى ١٩٦٥/٥/٨ قضية ١٤٦٢ لسنة ٧ق. المجموعة السنة ١٠ ص ١٢١٩.

(٢) الدكتور محسن خليل – القضاء الإدارى ص ٥٤.
الدكتور فؤاد العطار – المرجع السابق ص ٤٩.

(٣) من هذا الرأى الدكتور ماجد الحلو – القضاء الإدارى ص ٢٣.

الاعتراف بمشروعية هذا العرف بمقولة أنه موجود عملاً، إذ لا ريب فى أن مخالفة النصوص الدستورية أكثر من مرة لا يمكن أن تكون قاعدة دستورية جديدة، فالمسألة لا تعدو أن تكون انتهاكاً غير جائز للدستور القائم.

أما بالنسبة للقواعد العرفية الخاصة أو الإدارية، فمن الواضح وفقاً لنص المادة الأولى من القانون المدنى المشار إليها آنفاً، ولقضاء المحكمة الإدارية العليا سالف الذكر، أن العرف المعدل سواء كان بالإضافة أم الحذف ليس له أية قوة إلزامية، وبالتالى فهو غير مشروع لمخالفته للنصوص القائمة.

- محصلة القول إذن، أن القواعد العرفية بالمعنى الفنى الدقيق لا تتمثل سوى فى العرف المكمل، أى القواعد القانونية التى تعمل على سد النقص فى التشريع، وتتمتع هذه القواعد القانونية العرفية بمرتبة قانونية أدنى من مرتبة التشريع، إذ يشترط بشأنها علاوة على عدم وجود نص فى موضوعها، ألا يكون هذا العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم.

الباب الثانى

مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها

فى تدرج القواعد القانونية

تمهيد:

القانون باعتباره تعبيراً عن إرادة الدولة، لا يعد إذن أمراً مستقلاً عن الدولة أو بالأحرى المجتمع أو الجماعة التى تعيش داخل هذه الدولة، فالقانون فى حقيقته ليس إلا أداة ووسيلة فى يد هذه الجماعة، تحقق من خلالها صالحها وتسد عن طريقها حاجاتها وتدفع بها الضرر عن أفرادها.

فوظيفة القانون بصفة عامة هى خدمة المجتمع وتلبية حاجاته ومتطلباته، ومن هنا فالقانون ضرورة لا مفر منها لأى مجتمع منظم، وحاجة لا غنى عنها للبشر إذا أرادوا العيش سوياً، ولذلك فإنه يلزم أن يستند كل قانون إلى حاجة المجتمع إليه وتحقيقه لغايات هذا المجتمع، حتى لا يفقد مبررات وجوده بل ومشروعيته.

وكما نوهنا سلفاً فإن لكل مجتمع مقومات معينة تستمد منه، فهى تمثل ماضيه وتعبر عن حاضره وتبلور أخلاقه وتقاليده، وتحدد آدابه ونظمه ومعتقداته، ومن ثم يحرص كل مشرع على أن يضمن فيما يشرعه أن يكون وليد هذه المقومات، وثيق الصلة بواقع المجتمع، مسايراً لحالته الاجتماعية والسياسية والدينية، متفقاً مع عادات هذا المجتمع وتقاليده وآدابه ونظمه وعقائده.

ولذلك فمن الطبيعى والمنطقى فى الدول الإسلامية، أن يحرص المشرع على أن تكون القوانين متفقة مع تعاليم الإسلام الذى تتعبد به الجماعة فى هذه الدول، بأن تجئ مسايرة لعقائدهم ونظمهم، محافظة على تقاليدهم وآدابهم، وهم الكثرة الساحقة فى تلك الدول.

غير أن هذا المنطق الطبيعى لم يتبع للأسف الشديد منذ بداية القرن الماضى تقريباً، فى العديد من البلاد الإسلامية إن لم يكن فى معظمها، حيث نقل المشرع – نتيجة ظروف تتعلق بالاستعمار وغير ذلك من أمور لا محل للحديث عنها فى بحثنا هذا – الكثير من القوانين الأوروبية بغير تعديل، لتطبق على المجتمعات الإسلامية دون اعتداد بالفوارق الدينية والاجتماعية والتاريخية، مما جعلها – أى هذه القوانين – تبدو غريبة على تلك المجتمعات، فهى منبتة الصلة بماضيها أو حاضرها، لا تمثل عاداتها أو تقاليدها، ولا تعكس شئ من آدابها وأخلاقها، ولا مكان فيها لدينها وعقائدها.

وكانت النتيجة الحتمية لهذا المسلك أن علت الأصوات منادية بالرجوع إلى الحق والعودة إلى الشريعة الإسلامية، وتزايدت الأصوات واشتد عودها، مما دفع المشرع الدستورى فى معظم الدول الإسلامية – والعربية منها على الأخص – إلى النزول على رغبة الجماهير المسلمة وأمانيها، وذلك بالنص فى دساتير هذه الدول على أن "الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع[١]، أو على الأقل، هى مصدراً رئيسياً للتشريع"[٢].

والحقيقة أن الإسلام – من بين الرسالات السماوية – يتميز بأنه لا يقف عند حد تنظيم العلاقة بين الإنسان وخالقه فى إطار العبادات والعقيدة، ولكنه يتعدى ذلك إلى وضع نظام محدد للسلوك الاجتماعى، يجب على الإنسان المسلم اتباعه كأثر من آثار تلك العلاقة وكنتيجة لها وذلك فى مجال المعاملات فيما بين الأفراد بعضهم البعض.

والله سبحانه وتعالى يكشف لنا – من خلال تعاليم الإسلام – عن إرادته فحسب، ولكنه لا يجبرنا أن نسلك الطريق وفق هذه الإرادة، إنه يمنحنا حرية

---

(١) مثل دستور الصومال الصادر عام ١٩٦٠ فى المادة ٥٠ منه ودستور دولة قطر الصادر عام ١٩٧١ فى المادة الأولى منه.

(٢) مثل دستور دولة الإمارات الصادر عام ١٩٧١ ودستور دولة الكويت الصادر عام ١٩٦٢ ودستور دولة البحرين لعام ٢٠٠٢.

الاختيار، فلنا أن نستسلم مختارين لشريعته، كما نستطيع إذا أردنا أن نسير ضد أوامره، وأن نسقط شريعته من اعتبارنا، مع تحمل عاقبة ذلك، لأنه كيفما كان الاختيار فإن التبعة علينا[1].

غير أن استعداد أفراد المجتمع للسير وفق مبادئ الإسلام لتحقيق غاياته، سوف يظل استعداداً نظرياً ما لم تكن هناك سلطة عامة تتولى تقنين وتطبيق الشريعة الإسلامية ومنع الخروج عليها في الأمور العامة ذات الطابع الاجتماعي، وهو الدور الذى تتأهل له فى غالبية الدول السلطة التشريعية فيها، وإلى ذلك يرجع السبب فى نص المشرع الدستورى على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع.

وقد يكون هناك تراخ من جانب السلطة التشريعية فى بعض الدول وعزوف من بعضها عن وضع هذا النص موضع التطبيق. غير أن حبل المماطلة قصير، وسواء طال الزمن أو قصر فسوف تجد السلطة التشريعية فى تلك الدول نفسها مجبرة على النزول على حكم الدستور وتقنين ما ألزمها بتقنينه[2].

وإذ تنص المادة ٢ من دستور ١٩٧١ فى مصر[3] على أن "..... مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع" فإنه يلزم علينا دراسة هذا النص وآثاره فيما يتعلق بتدرج القواعد القانونية، لنحدد بدقة مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية فى هذا التدرج.

---

(١) محمد أسد: منهاج الإسلام فى الحكم – نقله إلى العربية منصور محمد ماضى – ص ١٧.

(٢) الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض: دراسات فى الفقه الجنائى الإسلامى – الطبعة الثانية – ١٩٨٣ – ص ٩.

(٣) وهو ذات النص الوارد فى الإعلان الدستورى الصادر فى ٢٠١١/٣/٣٠، والذى ورد كذلك فى نص المادة الثانية من مشروع الدستور الجديد.

بيد أنه يلزم علينا أولاً أن نحدد المقصود بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية ومدلولها بحسب ما ورد فى هذا النص، قبل أن نبين دور وموضع هذه المبادئ كمصدر مادى أو موضوعى للتشريع ومكانة أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر رسمى للقانون، على النحو الوارد فيما يلى.

الفصل الأول

مدلول اصطلاح الشريعة الإسلامية وخصائصها

يغفل الكثير من المشتغلين بالدين الإسلامي – سهواً أو عمداً – أن يشيروا فى كتاباتهم إلى أن الأحكام الشرعية الإسلامية تتنوع إلى أحكام فقهية اجتهادية وأحكام إلهية قطعية، وأن التزام المسلم والدولة الإسلامية باتباع الدين الإسلامى يقتصر كأصل عام على الإلتزام بالأحكام الإلهية القطعية دون الأحكام الفقهية الاجتهادية.

وفى تقديرنا أن الأولى وحدها هى ما يجوز أن يصطلح على تسميتها بالشريعة الإسلامية، بل ولعلها دون غيرها ما يمكن وصفها بالأحكام الشرعية الإسلامية لما يحمله اصطلاح "الأحكام" أيضاً من حتمية الإلتزام بها، خلافاً للآراء الاجتهادية التى لا تحظى بصبغة الإلزام ولا بطبيعة الأحكام، ومن ثم فالأفضل ان نخصص للأحكام أو القواعد الاجتهادية اصطلاح "الفقه الإسلامى" وأن يقتصر اصطلاح "الشريعة الإسلامية" على الأحكام والمبادئ القطعية أى الثوابت والأصول ذات المصدر الإلهى والتى لا يتحمل معناها سوى دلالة واحدة، مما يتعين معه التمييز بينهما لتحديد مدى الالتزام بكل منها والمراتب التى قد تتدرج فيها، إذ من المجمع عليه أنها ليست كلها فى درجة واحدة من حيث الالتزام بها أو جواز الاختلاف فيها ما دامت تختلف من حيث ثبوتها ودلالتها، وهو الأمر الذى يغاير بالتالى بين خصائص كل من الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى، وذلك على النحو الذى سنبينه فى المبحثين التاليين.

غير أنه يلزم الأخذ فى الاعتبار أن اصطلاح الشريعة الإسلامية يضم إلى جانب مجموعة الأحكام القطعية، عدد من المقاصد وآخر من المبادئ التى لا خلاف عليها، وهى بطبيعتها ملزمة للمشرع فى الدول الإسلامية، فلا يجوز لتشريع إسلامى أن يخالفها أو يناقضها، ولذلك فإن أحكام الشريعة الإسلامية تكون قائمة بذاتها وملزمة للسلطات العامة جميعها باعتبارها مصدراً رسمياً

للقانون ومن عناصر المشروعية على حين أن مبادئ ومقاصد الشريعة الإسلامية تكون ملزمة على وجه الخصوص لسلطات التشريع في الدول الإسلامية عندما تتولى سلطة وضع التشريعات للدولة بوصفها من أولى الأمر فيها، وكل ذلك على نحو ما سنبينه في الفصول والمباحث التالية.

المبحث الأول

التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي

ترجع أهمية التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي إلى أن عملية التشريع في الدولة الإسلامية أو التي ينص دستورها على أن دين الدولة هو الإسلام، تختلف باختلاف النصوص التي يستمد منها المشرع قواعده وأحكامه، فالله سبحانه وتعالى ألزم المؤمنين بالطاعة في قوله تعالى:

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْۖ فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِي شَيْءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيْرٞ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾. – سورة النساء : آية ٥٩.

وتتمثل طاعة الله في طاعة الأحكام الشرعية الواردة في القرآن الكريم، كما تتمثل طاعة الرسول في طاعة ما ورد في السنة الصحيحة من أحكام شرعية، وكلتاهما طاعة مطلقة غير قابلة للخلاف أو التنازع، على حين أن طاعة أولى الأمر تتبدى في طاعة ما يصدرونه من قوانين وأوامر وقرارات وأحكام قضائية، ولكنها طاعة قابلة للتنازع في حالة الاختلاف عند تطبيقها، وفي هذه الحالة يكون المرجع والاحتكام في حل الخلاف للأحكام والمبادئ الشرعية الواردة في الكتاب والسنة الصحيحة كما هو واضح بجلاء من النص سالف الذكر[1]، ومن هنا يثور التساؤل عن تلك المبادئ والأحكام الشرعية

---

(١) لا شك في أن لغياب الأمر بكلمة "وأطيعوا" عن أولى الأمر خلافاً لله والرسول دلالته الواضحة في أن طاعة الله والرسول هي طاعة مطلقة لا مجال فيها للاجتهاد أو محاولة الاقناع أو الاقتناع أو المجادلة حول أهدافها وأغراضها أو نتائجها أو دوافعها ومبرراتها وبواعثها، إذ لا مجال بشأنها سوى التسليم التام بأمر الله ورسوله، على=

الملزمة التى ستحكم التنازع أو الخلاف المشار إليه، وبالطبع ستشمل هذه الأحكام كل ما يندرج تحت مسمى الشريعة الإسلامية على نحو ما أشرنا سلفاً خلافاً لتلك الواردة فى الفقه الإسلامى من أحكام اجتهادية، ولذلك فعندما تقوم السلطة المختصة بالتشريع فى الدولة الإسلامية وهى بطبيعة الحال من أولى الأمر فى هذه الدولة، إلى جانب الحاكم ومن يفوضه والقضاة ومن فى حكمهم، بسن النصوص التشريعية أو القانونية فإنها يجب أن تفرق بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى، وذلك على التفصيل التالى:

أولاً: المقصود بالشريعة الإسلامية:

وفقاً لما تقدم فإن أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية تضم مجموع الأحكام الثابتة القطعية التى شرعها الله تعالى فى القرآن والسنة النبوية الصحيحة، ولا تحتمل شكاً ولا تأويلاً، وليست بالتالى موضع اجتهاد ولا محل خلاف، ولا تتغير بتغير الأحوال أو الزمان أو المكان، ولا يسوغ للمسلمين أن يتفرقوا فيها، وهى تمثل فى مجموعها الأصول والعقائد والمبادئ والأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التى شرعها الله لتنظيم بعض جوانب حياة الفرد والمجتمع على الأرض، وهى ولئن كانت تشمل عديد من أمور العبادات[1] والمعاملات[2] والعقيدة والتوحيد والقصص، إلا أن المشرع غير معنى إلا بجانب المعاملات التى تضم جميع فروع القانون المتفق عليها، وهو فى هذا الصدد يلتزم بإعمالها التزاماً كاملاً فلا طاعة لمخلوق فى معصية

=خلاف طاعة أولى الأمر أو بالأحرى قوانينهم وأوامرهم، فهى ليست طاعة مستقلة إذ هى قابلة وفقاً للنص للتنازع والاختلاف، وسبيل حل هذا الخلاف هو العودة إلى الله ورسوله أى إلى الكتاب والسنة الصحيحة القطعية ومبادئهما وإلا تعين الالتزام بأمر الولى واجتهاده التزاماً بطاعته كما ورد فى النص، مع ملاحظة أن الأصل فى ولاة الأمر هو التعدد، أى تعدد السلطات ومن يملكون حق الأمر باسمها، ومن ثم فقد يقع التنازع بينهم أو بين أحد الولاة وأفراد المجتمع، كما أن رضاء المجتمع بتصرفات أولى الأمر ينفى وقوع التنازع والحاجة إلى حسمه.

(١) وتشمل أساساً العلاقات بين العبد وربه والأصل فيها الاتباع.

(٢) وهى تعنى بعلاقات الأفراد فيما بينهم والأصل فيها الابتداع.

الخالق، وهو لا يلتزم جوهر هذه الأحكام القطعية فحسب، بل وقد يلتزم بألفاظها ومصطلحاتها كما وردت فى نصوص الكتاب والسنة، ومن ثم يقتصر دور سلطة التشريع إزاء هذه الأحكام على الصياغة والتقنين الذى لا يغير الحكم بل يكفل تطبيقه وفقاً لإجراءات مرنة تتيح للقاضى عند التطبيق تنزيل النص الشرعى المجرد على الوقائع العملية التى يحكمها النص الوارد فى التقنين وفقاً لضوابط محددة تيسر للقاضى أن ينزل حكمه على الواقعة المطروحة أمامه باعتباره النص الواجب التطبيق عليها.

غير أنه يلزم ملاحظة أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تشمل كل احتياجات الإنسان فى النظام الاجتماعى الذى يضم مجموعة القوانين التى يحتاجها المجتمع لتنظيم شتى الروابط والعلاقات تفصيلاً، لأن شمولية الشريعة لكل شئ وفقاً لقوله تعالى "ما فرطنا فى الكتاب من شئ" تنصب بالدرجة الأولى على الكليات والإطار العام لحركة الإنسان والمجتمع، أما التفاصيل والجزئيات فأمرها متروك للمسلمين يعالجونها بحسب مقتضيات ومصالح الزمان والمكان والأحوال بما يحقق حاجات الناس ويلبى مطالبهم ويساير أغراضهم المعتبرة، ولذا فإن الأحكام الشرعية فى هذا الجانب بالذات جاءت فى الغالب "أصولاً كلية" و"قواعد عامة" مقرونة بعللها حتى يفهم أن الحكم فيها يجب أن يكون مصاحباً لعلته، فإذا زالت العلة ارتفع الحكم وتبدل بآخر. وعلى سبيل المثال لم تأت الشريعة الإسلامية فيما يتصل بنظام الحكم بصورة تفصيلية محددة، بل اكتفت بالنص على جملة من المبادئ العامة التى يتعين على المسلمين الاسترشاد بها، وفقاً لحاجات الزمان وشروط المكان، دونما حتمية أو إلزام فى فرض نموذج معين وبذلك تركت النصوص مجالاً رحباً لحركة العقل المجتهد حسب دواعى التطور التاريخى والاجتماعى ومتطلباته، فشاهدنا طرقاً متعددة لتولى الحكم – مثلاً – بالنسبة للخلفاء الراشدين، فلم يلتزم المسلمون بعدهم بطريق معين منها باعتباره الطريق الشرعى والإسلامى الوحيد فيكون

حجة علينا إن تركناه إلى غيره، ولذلك فالمشاهد أنه فى كل ما يتعلق بشئون السياسة ونظام الحكم فى الإسلام فهو قابل للتطور والتغير بحكم حركة التطور الطبيعى التى لا تتناقض مع جوهر الدين وحركته ومع المبادئ والكليات وخاصة فى البيعة والشورى وأسسها، فهى ليست بتشريع مفصل للحاضر أو للمستقبل بقدر ما هى إطار عام مجمل لفلسفة نظام الحكم فى الإسلام وليس نظاماً له، فالشريعة الإسلامية فى مثل هذه الأمور تعنى بالمقاصد والغايات وليس الوسائل والسبل والنظم التى تحقق هذه المقاصد وتلك الغايات، ولذلك تتضمن الشريعة الإسلامية كثير من المبادئ العامة وعديد – أى قليل – من الأحكام الشرعية التفصيلية.

والخلاصة أن المشرع فى الدولة الإسلامية يلتزم فى كل عصر وزمان بالنصوص القطعية ثبوتاً ودلالة فى القرآن والسنة الصحيحة، وتستوى فى ذلك الأحكام الكلية أو التفصيلية فيها إذ أن علم الله قد سبق فى ثبات هذه الأحكام وتوحدها فى مختلف الأزمان والأماكن والظروف، ومن ثم فإنها لا تختلف باختلاف الأئمة، إذ لا مجال فيها لتطور أو تجديد، فهى المصلحة بعينها والرحمة كلها والعدل كله لأنها حكم الله وفى إعمالها صلاح لأحوال الناس فى دنياهم وآخرتهم، فهى تتميز بالثبات والاستمرار لأنها صالحة للتطبيق فى كل زمان ومكان بسبب مصدرها الإلهى، وبالتالى لا يجوز تغييرها حيث لا ضرورة تدعو إلى التغيير، فقد صيغت أحكامها وأوامرها ونواهيها بحيث لا تتعارض مع الطبيعة البشرية للإنسان والمطالب الجوهرية للمجتمع فى كافة الأزمنة والعصور، ومن هنا نجد أنها لم تتناول بأحكامها إلا الأسس العامة للمسائل التى تتأثر بطبيعتها بالتطور الاجتماعى للإنسان، تاركة بذلك المجال للتغيير والتحديث والتجديد الذى يقتضيه الزمن فى الجوانب الفرعية لهذه المسائل، ما لم تكن المسألة مما لا يمسها التغيير حتماً كنتيجة للتطور الاجتماعى مثل العلاقات الإنسانية بين الناس والتى تبتعد كل البعد عن التأثر

بالتغير الزمنى أو بظروف المكان، وبالقطع لا نتوقع فى أحكام الشريعة الإسلامية أن تكون قد تصدت لمسائل هى فى طبيعتها سيالة أو مرنة ومتحركة، حيث تندرج هذه المسائل فى إطار ما يعرف بمنطقة العفو أو الفراغ التى تركها الله سبحانه وتعالى للإنسان ليبدع فيها حلوله التى توائمه وتناسبه وتتوافق مع ظروفه وبيئته، وفيها تختلف الاستراتيجيات ووسائل تطبيقها بين منطقة وأخرى من العالم، وبالتالى تتنوع الأنماط والحلول مما يؤكد أنه ليس ثمة نظام محدد لها يصلح فى كل زمان ولكل مكان.

وعلينا أن نحذر جيداً من إحداث الفتنة من خلال تأويل بعض الأحكام غير القطعية، إذ يقول الله تعالى فى كتابه الكريم:

﴿ هُوَ الَّذِي أَنزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُّحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ ۖ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ ۗ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ ۗ ﴾ - سورة آل عمران: آية رقم ٧.

وفى تقديرنا أن من الآيات المحكمات تلك التى تحمل أحكاماً قطعية الدلالة، إذ المقصود بها الآيات التى أحكمت عبارتها فصارت واضحة المعنى بعيدة الاحتمال، أى معينة المعنى واضحة لا شبهه فيها[١]، أو حكمت عبارتها بأن حفظت من الاحتمال والاشتباه[٢]، فالمحكم ما هو واضح قائم بنفسه لا يفتقر إلى استدلال[٣]، أما الآيات المتشابهات فهى الآيات التى تتضمن أحكاماً ظنية الدلالة، والتى تحتمل التأويل، فهى ليست من أم الكتاب، وقد يتعمد البعض ممن يدعون التفقه فى الدين وفى قلوبهم زيغ اتباعها "ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله"[٤]

---

(١) راجع: معجم ألفاظ القرآن الكريم الصادر عن مجمع اللغة العربية – القاهرة ١٩٨٨ – الجزء ١ ص ٣١٤.

(٢) الزمخشرى: الكشاف – الجزء ١ ص ٣٣٧.

(٣) فخر الدين الطريحى: تفسير غريب القرآن – تحقيق كاظم الطريحى – ص ٤٥٠.

(٤) وقد أدان القرآن الكريم إحداث الفتنة فى أكثر من موضع، وأهمها أن "الفتنة أشد من القتل" – البقرة: آية ١٩١، و"الفتنة أكبر من القتل" – البقرة: آية ٢١٧، والفتنة معناها سلب الحرية والقتل معناه سلب الحياة، ومع ذلك فإن الله تعالى أكد على أن سلب الحرية أشد وأكبر من سلب الحياة أى أن الحرية أهم من الحياة بلا حرية.

وما يعلم تأويله إلا الله، أما الراسخون فى العلم فيقولون "آمنا به كل من عند ربنا"، "ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب" سورة آل عمران: آية رقم ٨.

وعليه يمكن تعريف الشريعة الإسلامية بأنها مجموعة المبادئ والأحكام الشرعية القطعية التى سنها الله سبحانه وتعالى للناس جميعاً على لسان محمد صلى الله عليه وسلم، ووفقاً لذلك فإن "أحكام" الشريعة الإسلامية يتوافر بشأنها خصائص أحكام القانون والشرع أو بالأحرى خصائص القاعدة القانونية، وعلى رأسها العمومية والتجريد والقابلية للتقنين ومن ثم تتمتع هذه الأحكام بقيمة تشريعية ملزمة للكافة باعتبارها جزء من البناء القانونى للدولة وتحتل مكانة عليا فيه، وهى فى تقديرنا تقع على رأس المبادئ العامة للقانون، الملزمة بطبيعتها وبذاتيتها للكافة، أما "مبادئ" الشريعة الإسلامية، فإنها بالقطع تتمتع بالإلزام كالأحكام، ولكنها ملزمة أساساً للسلطات العامة أى ولاة الأمر، حيث تظهر الحاجة إليها عند التنازع بينهم أو معهم، فيكون حل هذا التنازع كما قلنا سلفاً برده إلى كتاب الله وسنة رسوله الصحيحة، ليس من خلال "أحكام" الشريعة الملزمة بطبيعتها وذاتيتها، وإنما من خلال "مبادئ" الشريعة التى يتعين على ولاة الأمر وخاصة السلطة التشريعية فى الدولة الإسلامية الالتزام بها فى تصرفاتهم سواء كانت تشريعات وقوانين أم أحكام قضائية أو أوامر إدارية أو سيادية أم معاهدات واتفاقيات دولية أو أية صورة أخرى لهذه التصرفات.

وقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية على الربط بين مبادئ الشريعة الإسلامية[1] والأحكام القطعية فيها، فقضت صراحة بأن "الأحكام الشرعية

---

(١) ومن أمثلة مبادئ الشريعة الإسلامية المتفق عليها مبادئ أن الأمور بمقاصدها، وأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وسد الذرائع فما يكون طريقاً لمحرم فإنه يأخذ حكمه، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار وأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ومن ثم يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، كما يمكن القول بأن المبادئ العامة لنظام الحكم فى الشريعة الإسلامية تتمثل فى الحرية والعدل والمساواة والشورى.

التى اعتبرها الدستور المصدر الرئيسى للتشريع بموجب نص المادة (٢) منه هى تلك القطعية فى ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى لا تحتمل اجتهاداً، وليست كذلك الأحكام الظنية فى ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معاً، وهى التى تتسع لدائرة الاجتهاد فيها تنظيماً لشئون العباد، وحماية لمصالحهم"[١]، وبأنه "لا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها ... والتى يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، ومن غير المتصور تبعاً لذلك أن يتغير مفهومها بتغير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها ... ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها، وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها"[٢]، كما قضت المحكمة بأن "الاجتهاد وإن كان حقاً لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق مقرراً لولى الأمر، يبذل جهده فى استنباط الحكم الشرعى من الدليل التفصيلى، ويعمل حكم العقل فيما لا نص فيه توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بعباده، وتسعها الشريعة الإسلامية التى لا تضفى قدسية على آراء أحد من الفقهاء فى شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدال غيرها بها بمراعاة المصلحة الحقيقية التى لا تناقض المقاصد العليا للشريعة، فالآراء الاجتهادية لا تجاوز حجيتها قدر اقتناع أصحابها بها، ولا يساغ تبعاً لذلك اعتبارها شرعاً مقرراً لا يجوز نقضه .."[٣].

---

(١) حكمها فى ٢٠٠٨/٧/٦ قضية ١١١ لسنة ٢٧ق. دستورية، منشور بالجزء (١٢) مجلد (٢) من مجموعة أحكام المحكمة ص ١١٥٠.

(٢) حكمها فى ٢٠٠٤/١٢/١٩ قضية ١١٩ لسنة ٢١ق. دستورية، منشور بالجزء (١١) مجلد (١) من مجموعة أحكام المحكمة ص ١١٤٣.

(٣) حكمها فى ١٩٩٧/٧/٥ قضية ٨٢ لسنة ١٧ ق. دستورية، منشور بالجزء (٨) من مجموعة أحكام المحكمة ص ٦٩٣ – راجع كذلك حكمها فى ١٩٩٦/١/٦ قضية ٥ لسنة ٨ ق. دستورية منشور بالجزء (٧) ص ٣٤٧.

ثانياً: المقصود بالفقه الإسلامي:

يخلط جانب كبير من علماء الدين الإسلامي بين أحكام ومصادر كل من الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية، فبعضهم يراها كلها فقهاً إسلامياً، وآخرون يرونها جميعاً شريعة إسلامية، وفريق يرى أن الفقه الإسلامي هو العلم بالأحكام الشرعية أياً كان مصدرها، على حين يذهب جانب آخر منهم إلى أن الفقه الإسلامي هو تلك الأحكام نفسها.

والصحيح أنه إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية – كما خلصنا إليه فيما سبق – هي الأحكام القطعية ثبوتاً ودلالة في القرآن والسنة الصحيحة، وهي بذلك لا تتغير ولا تتبدل، فيلتزم المشرع بتقنينها واستنباط أحكام التشريع الإسلامي منها في كل زمان ومكان، باعتبارها أحكام شرعها الله ومن يخالفها فهو مخالف لشرع الله، فإن الفقه الإسلامي يتمثل في الفهم البشري للأحكام الشرعية غير القطعية، نصوصاً ومقاصداً، وهذا الفهم قابل للاختلاف والتغيير باختلاف الظروف والأحوال، فالفقيه يعبر عن فهمه لدلالة النصوص غير قطعية الدلالة، وقد يوافقه على ذلك الفهم غيره ويخالفه آخر، وقد يعدل عنه ذاته، فاجتهادات الفقهاء ليست هي الشريعة حتى وإن كانت مقبولة في عصرهم، إذ قد تكون غير مقبولة في عصرنا لتغير الأحوال، ومن ثم يرجع إليها فقط للاستئناس وليس للتقييد أو الالتزام، وبالتالي لا يتقيد بها المشرع إلا إذا رأى أنها تتوافق مع متطلبات العصر الحاضر، ولا تخالف بالطبع أحكام الشريعة الإسلامية القطعية، وهذه الاجتهادات هي التي يمكن أن نطلق عليها وحدها اصطلاح الفقه الإسلامي، ومصادرها الرأي والاجتهاد بصفة عامة.

وعليه يمكن تعريف الفقه الإسلامي بأنه تراث الأمة من الأحكام الاجتهادية الظنية، وضعها واستنبطها المجتهدون وأصحاب الرأي في العصور الماضية، في مسائل المعاملات التي اقتضت حاجة جماهير المسلمين ومصالحهم تشريعها، وذلك من خلال طرق الاستنباط والاجتهاد والاستدلال من

الأدلة الكلية أو العلم بها. وتخضع هذه الأحكام لقاعدة "تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان والأحوال" لتكون قادرة دوماً على مواجهة المشكلات الواقعية، ولذلك فهى قواعد مرنة بطبيعتها – خلافاً لأحكام الشريعة الإسلامية – قابلة للتغير بحسب اقتضاء المصلحة لذلك زماناً أو مكاناً أو حالاً، إذ أنها تتبدل مع تبدل المصلحة، وبالتالى تظل موضعاً للنظر والاجتهاد واختلاف الفقهاء بصدد كل ما لم يرد فيه من الشرع دليل يفيد اليقين، كما يدخل تحت مظلة هذه الأحكام كل الموضوعات التى تجد فى حياة الناس ولم يرد بشأنها نص خاص جلى أو ثمة دليل مباشر من الكتاب أو السنة القطعية.

وتأسيساً على ما تقدم فإنه من الخطأ الفادح أن نجعل من فقه المعاملات مثلاً فى مذهب معين ديناً منزلاً، لأنه – أى هذا الفقه وذلك المذهب – هو جهد إنسانى بشرى معنى بما هو متغير بتغير المجتمعات ومطالب الإنسان، ومما يستجيب لظروف الحياة البيئية والزمنية، ومن هنا فهو – أى الفقه الإسلامى بصفة عامة – غير قابل للتقنين على عكس الشريعة الإسلامية كما سنوضح لاحقاً.

غير أن ذلك لا يعنى قطع كل صلة بالفقه الإسلامى أو الإحاطة بكافة الأحكام الظنية دون تمييز، أو رفض كل اجتهاد سابق ولو كان صائباً، فالأحكام الفقهية الاجتهادية هى تراث فقهى هائل وثروة عقلية لا يجحد قيمتها إلا جاهل أو مغرض، فمن الثابت أن قسطاً كبيراً من الأحكام الفقهية السائدة حتى اليوم، كان من ثمرات اجتهاد الفقهاء والمسلمون فى العصور السالفة، وصلوا إليها على أساس دراساتهم العميقة لكتاب الله والسنة الصحيحة، إلا أن هذه الأحكام المستنبطة كانت ولا شك متأثرة بالأسلوب الذى يعالج به كل مجتهد موضوعه، وبطريقة فهمه الخاص للقرآن والسنة، وكذلك بالبيئة العقلية والاجتماعية التى سادت عصره، ولما كانت هذه البيئة تختلف كثيراً عن بيئتنا المعاصرة، فإن هذه

الاستنباطات أو بعضها على الأقل تختلف حتماً عن الاستنباطات التى قد نستطيع الوصول إليها فى الوقت الحالى.

والحقيقة أن الفقه الإسلامى ليس كله مجرد نظرات وفروع وإنما يتضمن كذلك أبنية تشريعية متكاملة مستنبطة بطريق الاجتهاد والنظر، فهى جميعها أحكام اجتهادية غير ملزمة، ومع ذلك فإنه يمكن للمشرع فى كل عصر أن يختار منها ما يلزم الناس، ولكن له كذلك أن يتجاوزها ويأتى بما هو أصلح لعصره وزمانه، تأسيساً على أن رأى أى مجتهد ليس حجة ملزمة على المسلمين، وأنه ليس على أى إنسان إلزام بأن يأخذ بمذهب فقهى معين دون استعانة بفقه أو اجتهاد غيره من مذاهب المجتهدين، لأن الفقه الإسلامى فى مجموعه – بهذا المعنى – هو تراث وتجارب وعقول تضاف على أعمارنا وعقولنا وتجاربنا، وواجبنا أن نعمل على الإفادة منه وعلى استلهامه ولكن دون التنكر للعقل وبراهينه، وليس ثمة شك فى أن الإيمان بأحكام الشريعة الإسلامية لا يتجافى مع مراعاة المصالح المتجددة والمتطورة بتجدد الحياة وتطورها لأنها معصومة بالنظر إلى مصدرها الإلهى، أما مفاهيم البشر فهى غير كذلك فالبشر يؤخذ من كلامهم ويترك ويقبل من آرائهم ويرفض ويناقشون فيما يقولون ويفعلون والتسليم لهم بغير مناقشة ذل وعبودية وإهدار لنعمه العقل وملكة البحث، إذ من المؤكد أن يختلف فهم فقيه عن فهم فقيه آخر وفهم كل واحد مهما علا قدره يحتمل الخطأ والصواب لأنه غير معصوم والتخطئة هنا تنصرف إلى فهم الفقيه لا إلى النص الشرعى.

ولما كان نظام الحكم فى الإسلام يقوم على عدة دعائم، على رأسها الشورى لقوله تعالى"وأمرهم شورى بينهم" – الشورى: آية ٣٨ بما مفاده أن السلطة التشريعية تستمد شرعيتها من هذه الشورى التى تتم "بينهم" أى بين الخاضعين للأحكام والقوانين التى تسنها تلك السلطة، فإنه لا يجوز الزعم بأن الأحكام الاجتهادية السابقة التى تنعدم بشأنها الشورى المعاصرة تكون ملزمة لنا، ولذلك فإن الصفة "التشريعية" التى يضفيها البعض على هذه الأحكا

الاجتهادية المستنبطة، والتى فى نظرهم جزءاً لا يتجزأ من الشريعة الإسلامية، يلزم استبعادها تماماً. إذ أن هذه الأحكام أو بالأحرى هذا الفقه الذى ورثناه عن فقهاء الدولة العباسية وغيرها مهما بلغت دقته، فإنه لا يرقى إلى مرتبة النصوص التشريعية.

صحيح أن الأحكام التى جاء بها القرآن والأحاديث النبوية الصحيحة لا تكفى وحدها للإحاطة بكل ما يقع من الأحوال القانونية التى تحتاج إلى حلول، مما حتم على الفقهاء الاجتهاد والإسهاب والتوضيح لنصوص القرآن والسنة، إلا أنه – كما قيل بحق[1] – لا القرآن ولا السنة يقدمان أى تفويض بمثل هذا التوسيع (الاعتباطى) للشريعة نفسها، وأن للمرء أن يناقش المسألة – كما ناقش كثيرون من أعظم فقهاء هذه الأمة عبر الأجيال – فيقول أن المدى المحدد للأحكام المنصوصة فى القرآن والسنة لم يكن نتيجة سهو وقع من الشارع، ولكن على العكس لقد أراد به أن يكون درعاً لا غنى عنه يقى الأمة من الجمود التشريعى والاجتماعى، فهو لم يرد أن تعالج الشريعة بالتفصيل كل ضرورات الحياة ومشاكلها التى تخطر على البال، ولكنه أراد أن يحدد بأحكامه المنصوصة المجال الاجتماعى الذى يجب على الأمة أن تتطور فى حدوده وترك هذا العدد الهائل من المسائل القانونية المحتملة الوقوع لتعالج كل منها على ضوء مقتضيات العصر وتبعاً لتغير الظروف السائدة. وعلى هذا فإن الشريعة الحقيقية أكثر إيجازاً وأصغر حجماً من ذلك البناء القانونى الذى ساهمت فى تضخيمه وتوسيعه المذاهب الفقهية.

والمسلم الحق يعرف أن النصوص التى تضمها الشريعة الإسلامية لم تتناول بالتفصيل كل شئ وإن الله تعالى بين لنا حكمه فى أشياء وسكت رحمة بنا عن أشياء أخرى. وهذا السلوك تفويض لنا بالاجتهاد ودعوة إلى استعمال العقول واستجلاء وجوه المصالح والمفاضلة بين الحلول والبدائل.

---

(١) محمد أسد: المرجع السابق – ص ٣٤.

والخلاصة أن النصوص القطعية فى القرآن والسنة الصحيحة هى وحدها التى تشكل فى مجموعها الشريعة الإسلامية الحقيقية الخالدة، وما عدا ذلك فهى اجتهادات وصل إليها الفقهاء كانعكاسات لزمن معين أو لحالة اجتماعية محددة، تفيد حتماً فى الاستهداء بها كمصدر مادى للتشريع، ولكنها لا تصل كما قلنا إلى مرتبة النصوص الملزمة، والحقيقة أن هذا التراث الفقهى العظيم من الأحكام الاجتهادية هو سلاح ذو حدين، فبالرغم من تعاظم الاستفادة من هذا التراث، إلا أنه أدى فى ظل غياب الفهم الصحيح للأحكام الشرعية ونطاقها المحدد، إلى محنة الفقه الإسلامى أو أزمته التى نعيشها حالياً ومن زمن بعيد، والتى ترجع أساساً إلى اعتماد التقليد منهجاً للفقه بدلاً من الاجتهاد، وذلك على النحو الذى سنوضحه تالياً.

ثالثاً: أزمة الفقه الإسلامى المعاصر:

بدأت الأزمة الحقيقية فى الفقه الإسلامى فى تقديرنا نتيجة التوقف عن إعمال العقل والاجتهاد والاكتفاء بالتقليد وشيوع فكرة غلق باب الاجتهاد بغير سند أو مبرر مما أدى إلى تعصب معظم فقهاء المسلمين لأفكار ومذاهب الأئمة الذين سبق لهم الاجتهاد ووقوع الشقاق والخلاف وليس مجرد الاختلاف بينهم وهو ما انتهى إلى إحداث الفرقة والتفرق بين المسلمين أنفسهم فانقسموا شيعاً وأحزاباً شتى وتوهم أنصار كل فريق منهم أنهم – دون غيرهم – الفرقة الناجية، واختلط الأمر على المسلمين بين الإيمان والخرافة، والالتزام والتحجر، وعجزت غالبيتهم عن الجمع بين العقل والنقل وعن النص والفهم وعن الوحى والتراث، فكانت النتيجة مواقف متشنجة تحولت بالتالى إلى العنف الدموى.

وإذ لا يسمح المقام فى هذه الدراسة بالبحث التفصيلى فى هذه الأزمة بل المحنة التى ألمت بالمسلمين وعواقبها المسيئة للإسلام فى حد ذاته، فإننا نكتفى بالإشارة إلى بعض النقاط الرئيسية التى كان لها تأثير بالغ – فى تقديرنا – لشيوع الجهل بأحكام الشرع الحقيقية وأصوله ومقاصده، والخلط بين الحق والصواب وبين التوحيد والكهنوت، وذلك فيما يلى:

أ ـ التقليد ليس اجتهاداً وبالتالى ليس من الفقه الإسلامى:

على غرار التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى يتعين فى تقديرنا كذلك التمييز بين الاجتهاد بالرأى وبين تقليد الرأى وعدم الخلط بينهما، فمن المسلم أن الاختلاف فى الرأى بين الفقهاء قد وقع كثيراً بل كثيراً جداً، فالأحكام الظنية التى هى مجال الاجتهاد تقبل بطبيعتها تعدد التفسيرات بتعدد الأفهام، والاختلاف فى هذه الأحكام الظنية والعملية لا ضرر فيه ولا خطر منه، وهو رحمة بالأمة ومرونة فى التشريع الإسلامى، وقد اختلف فيها أصحاب الرسول عليه الصلاة والسلام ومن تبعهم بإحسان فما ضرهم ذلك شيئاً وما نال من وحدتهم ومكانتهم كثيراً ولا قليلاً، وبغير شك فإن لله حكمه بالغة أدركها هؤلاء الأولين، حين جعل من الأحكام الشرعية ما هو قطعى الثبوت والدلالة، فلا مجال للاختلاف فيها أو الالتزام بها، وهذا هو القليل بل الأقل من القليل، وجعل منها الظنى فى ثبوته أو دلالته أو فيهما معاً، فهذا بما فيه مجال رحب للاختلاف، وهو جل الأحكام الشرعية فى الإسلام، وهناك من العلماء من آتاهم الله القدرة على التمييز بين الشرع والواقع وبين الشورى والطاعة وعلى التحقيق والتمحيص والترجيح بين النصوص والدلالات، ولكن محاولات هؤلاء من قبل لم ترفع الخلاف ومحاولات غيرهم من بعد لم ترفع الخلاف ولن ترفعه، لأن أسباب الخلاف قائمة فى نفوس البشر وطبيعة الحياة، والآفة الكبرى أن يسفر هذا الخلاف عن تعصب مقيت وفرقة مدمرة، وقد اختلف أصحاب الرسول فى حياته كما أشرنا فى كثير من المسائل الفرعية أو الأحكام العملية فوسع بعضهم بعضاً ولم يعب بعضهم على بعض، وأقر الرسول الكريم هذا الاختلاف الذى وقع بعضه فى حياته دون أن يلوم أحداً من المختلفين، إذ اقترن هذا الاختلاف الفقهى بالتسامح وسعة الأفق فلم يتحول إلى خلاف شخصى بين الصحابة والأئمة من بعدهم، إلى أن تحول هذا الاختلاف لدى البعض من التابعين والمقلدين إلى تعصب واتهام وضيق النظر، فتبدل الأمر إلى خلاف

وفرقة وتفرق أدى فى النهاية إلى انقسام المسلمين إلى شيع وأحزاب سياسية تتستر بعباءة الدين، والنتيجة أحكام شوهاء واستنتاجات غريبة، وإقصاء الآخر تحت وهم التميز، واقتناع كل فريق بأن ما لدى مذهبهم من آراء هى الدين الذى لا يجوز لأحد أن يفرط فيه أو يخالفه، وما لدى غيرهم ضلالة وابتداع، وصاحب ذلك كله فتوى البعض بغلق باب الاجتهاد والتحول من ثراء العقل إلى فقر التقليد البعيد تماماً عن الاجتهاد، مما أدى إلى اعتناق كثير من المسلمين شريعة الفقهاء بدلاً من شريعة الله وشرعه[1].

وفى تقديرنا أن اصطلاح الفقه أو الفقهاء لا يتحقق فيمن تحولوا إلى مقلدين لأئمتهم أو ناقلين عنهم، فالفقيه المجتهد يعلم بيقين أن آراء الفقهاء واجتهادهم ليست شرعاً واجب الاتباع، وإنما هى فهم بشرى لنصوص الشريعة وقواعدها العامة ومقاصدها وأولوياتها، ولهذا تحتمل الصواب والخطأ، وهى ليست لها صفة الثبات والخلود، فالمقدس والكامل هو الوحى الإلهى، أما الفهم البشرى له فإنه ليس كاملاً ولا مقدساً، ولذلك فإننا نعتقد بأن المقلدين وليس الفقهاء هم الذين تسببوا فى فرقة المسلمين، تحت وهم قدرتهم على أن يجمعوا الناس على رأى واحد، وقالب واحد يصنعونه هم لهم، ليمشون فيه ورائهم، أو ليرتفع الخلاف كما يتوهمون ويلتقى الجميع على كلمة سواء، فأجهدوا أنفسهم وأجهدوا المسلمين ومعظم الناس معهم، وانتشر التعصب والتباين والعداء، وشاع الاتهام المتبادل بين المقلدين بالمروق من الدين أو الابتداع فيه لكل من يرفض تقليدهم واتباعهم، ومرد ذلك كله أن اتباع كل مذهب جهلوا ما لدى غيرهم بوجه عام، حيث حصروا أنفسهم فى دائرة الآراء المذهبية الخاصة، يدرسونها ويرونها وحدها الزاد الفقهى الذى يغنى، ويدعون أنهم وحدهم على الحق ومن عداهم على خطأ أو ضلال، بل وينكرون على اتباع المذاهب

(١) راجع فيما تقدم الدكتور يوسف القرضاوى: الصحوة الإسلامية بين الجمود والتطرف – مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع – طبعة ٢٠٠٠ – الفصل الثالث.

الأخرى تقليدهم لأئمتها، على حين يطلبون من جماهير الناس أن يقلدوهم ويتبعوهم، والنتيجة الحتمية لهذا التقوقع الفقهى تبادل التهم بين أتباع المذاهب وزعم كل فريق أنه على الحق دون سواه، وتحول المذاهب إلى أديان، وتحول أصحابها إلى أرباب من دون الله.

ب - التعصب فى المذاهب الفقهية الإسلامية أدى إلى التفرق المنهى عنه شرعاً:

من الثابت بلا مراء أن الله تعالى قد نهى فى كتابه العزيز عن التفرق والخلاف بنصوص قطعية وذلك فى قوله تعالى: ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات وأولئك لهم عذاب عظيم – سورة آل عمران: آية ١٠٥، وقوله تعالى: وأقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه – سورة الشورى: آية ١٣، وقوله تعالى: ولا تكونوا من المشركين من الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً، كل حزب بما لديهم فرحون – سورة الروم: آية ٣٢، فمن الجلى من تلك الآيات وغيرها أن إحداث الفرقة والتشيع – أى التعصب – لأى حزب أو مذهب يوصم صاحبها بالمشرك ويحق عليه بالتالى عذاب عظيم، بل إنه من الواضح أنه إذا أراد الله أن يعذب قوم فإنه يتوعدهم بالتفرق، وهو ما يبين جلياً من قوله تعالى: قل هو القادر على أن يبعث عليكم عذاباً من فوقكم أو من تحت أرجلكم أو يلبسكم شيعاً (أى فرقاً مختلفة الأهواء) ويذيق بعضكم بأس بعض، أنظر كيف نصرف الآيات لعلهم يفقهون – سورة الأنعام: آية ٦٥، ولذلك ليس أمام المسلمين سوى أن يكونوا أمة واحدة وأن يعتصمون بحبل الله جميعاً ولا يتفرقوا، اتباعاً لقوله تعالى: واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا واذكروا نعمة الله عليكم إذ كنتم أعداء فألف بين قلوبكم فأصبحتم بنعمته إخواناً، وكنتم على شفا حفرة من النار فأنقذكم منها، كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تهتدون – سورة آل عمران: آية ١٠٣، وقوله تعالى: وأطيعوا الله ورسوله ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا إن الله مع الصابرين – سورة الأنفال: آية ٤٦، ولذلك فإن من أعظم أصول الإسلام هو الاعتصام بحبل الله جميعاً وألا نتفرق

لأن الباب الرئيسى للفساد الذى وقعت فيه هذه الأمة وغيرها هو التنازع والتعصب والتفرق والتشيع، والمصدر الخصب لكل ذلك هو التقليد وتعطيل العقل واستبداله بالنقل.

فالإسلام جاء ثورة على الطواغيت والظلمة، محرراً إرادة الإنسان من أى عبودية لغير الله، وبالتالى فهو حر لا سيادة لإنسان آخر أو لطبقة أو لأى مجموعة بشرية عليه، فالإسلام لا رجال دين فيه تكون لهم عصمة، والفقهاء رجال علم، قيمة ما يقولون تتأتى من قوة الدليل وصحته وليس من مركز المعصومية التى لا تخطئ، ويترتب على ذلك تحرر الإنسان من سلطان البشر وتسلط الطغاة ومن الخضوع لأى أحد مهما كان ومن سلطان الخوف على الحياة أو على الرزق أو الخوف على المكانة أو المنصب، فما من أحد يملك عليه ضراً ولا نفعاً، وما من أحد يرزقه من شئ فى الأرض ولا فى السماء، وليس بينه وبين الله وسيط ولا شفيع ومن ثم لا يجوز أن يتخذ الناس بعضهم بعضاً أرباباً من دون الله، فليس لأحد منهم فضل على أحد إلا بعلمه وتقواه[1]، وبذلك يكون الإسلام قد وضع حداً نهائياً لكل ألوان التحكم وأشكال الاستغلال وسيطرة الإنسان على الإنسان.

وليس من شك فى أن مجرد تصور الإنسان بأن لا أحد فى الكون يحق له التحكم فيه بخياراته سوى الله سبحانه وتعالى، يولد لدى لإنسان طاقة هائلة على الفعل والإبداع ومن ثم رفض الكوابح والمعوقات والموانع التى ينصبها طغيان بعض البشر على البعض الآخر، حتى ولو تستروا تحت عباءة الدين أو التدين، ولذلك يمكن لنا الجزم بان المقصد الأساسى للتشريع الإسلامى بعد التوحيد هو الحرية عينها، فهما متكاملان وكلاهما شرط أساسى لتحقق الآخر، ومن هنا أمرنا الله سبحانه وتعالى بألا نتفرق وبأن نكون أمة واحدة فتتوحد

---

(١) راجع فى ذلك سيد قطب: العدالة الاجتماعية فى الإسلام – القاهرة – دار الشروق – ١٩٧٤ ص ٣٧و ٣٨.

كلمتنا ولا تنقسم ونتفرق شيعاً وأحزاباً يضرب بعضنا أعناق بعض، فكل من عمل على لم شمل الأمة وسعى إلى تأليف قلوب أبنائها، فهو مؤمن مجتهد حقاً، ومجاهد فى سبيل أنبل غاية عنى بها الإسلام وهى تأليف القلوب وتوحيد الأهداف، أما أولئك الذين يورثون العداوات ويبعثون العصبيات ويفرقون بين الأخ وأخيه ويصطنعون الفتن والبغضاء، فهؤلاء هم الذين يسعون فى الأرض فساداً، وواجب المسلمين المخلصين أن يقفوا لهم بالمرصاد وأن يبصروا الأمة لأهدافهم وسوء مقاصدهم وغاياتهم، إذ ينطبق عليهم قوله تعالى: ومن الناس من يقول آمنا بالله وباليوم الآخر وما هم بمؤمنين، يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون إلا أنفسهم وما يشعرون، فى قلوبهم مرض فزادهم الله مرضاً ولهم عذاب أليم بما كانوا يكذبون، وإذا قيل لهم لا تفسدوا فى الأرض قالوا إنما نحن مصلحون، ألا إنهم هم المفسدون ولكن لا يشعرون – سورة البقرة: الآيات من ٨: ١٢، فلنكن إذن ممن حرزهم الإسلام ولم يقيدهم الفقهاء ولم يحولهم المقلدين إلى إتباع، وأن نكون ممن وصفهم الله تعالى بالذين "يستمعون القول فيتبعون أحسنه، أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب" سورة الزمر: آية ١٨، فهؤلاء كما قال الله تعالى لهم البشرى – سورة الزمر: آية ١٧.

وكما أوضحنا سلفاً فإن هذا التفرق نجم عن التعصب المقيت بسبب تقليد الأئمة، حيث شاع التحامل والخصام والصراع بين الفقهاء، إذ أضفى كل منهم على آراء مذهبه صفة القداسة وكأنها شرع ملزم تحرم مخالفته، فلا غرو أن تبارى أتباع كل مذهب فى الذود عن مذهبهم، ولم يكن دفاعهم علمياً يتغيا احترام الحق ونصرته، وإنما كان دفاعاً تسوده روح المكابرة والمباهاة والغلبة، وزعم كل منهم أنهم بهذا ينصرون الدين، بيد أنهم كانوا يخذلونه بتفريق كلمة الأمة إلى شيع وأحزاب ومذاهب وعصبيات، واستباح بعضهم دماء بعض وكان بأسهم بينهم شديداً، وساعد على حدة التعصب المذهبى أهواء بعض الحكام وأولئك الذين اتخذوا من الخلاف والتفرق وسيلة لإضعاف شعوبهم لحماية

استبدادهم وطغيانهم وجورهم، وهو ما أكده الله تعالى عن فرعون بقوله: إن فرعون علا فى الأرض وجعل أهلها شيعاً يستضعف طائفة منهم يذبح أبناءهم ويستحى نساءهم أنه كان من المفسدين – القصص: آية (٤).

وقد أنكر القرآن الكريم على فرعون التحكم فى زوايا النظر ومنطلقات التفكير فى خطابه رعيته، فى محاولة لتجميد عقولهم ودفن ضمائرهم وصم آذانهم عن صوت الحق، فلا يرون إلا رؤيته، ولا يفكرون إلا بعقله، فقال مخاطباً لهم "ما أريكم إلا ما أرى وما أهديكم إلا سبيل الرشاد" – سورة غافر: آية رقم ٢٩، ولذلك أمر القرآن الكريم بتجاوز هذا المنطق الفرعونى، مبيناً أن أصحاب مثل هذا المنطق الذين يحاولون حصر المجتمع فى إطار نظرتهم المحدودة، ما هم إلا طواغيت[١]، وهو نموذج للاستبداد الفكرى والدعوة إلى الجمود والإعراض ظناً منه أنه وحده يملك المعرفة ويسيطر على أدواتها ومعطياتها، "فويل للذين يكتبون الكتاب بأيديهم ثم يقولون هذا من عند الله ليشتروا به ثمناً قليلاً، فويل لهم مما كتبت أيديهم وويل لهم مما يكسبون". صدق الله العظيم، "وإن منهم لفريقاً يلوون ألسنتهم بالكتاب لتحسبوه من الكتاب وما هو من الكتاب، ويقولون هو من عند الله وما هو من عند الله، ويقولون على الله الكذب وهم يعلمون" - آل عمران: آية ٧٨.

والثابت تاريخياً أن الفرق الإسلامية عند نشأتها كانت أحزاباً سياسية وليست فرقاً دينية، إذ تبلور معظم الخلاف فى الرأى حول نظام الحكم وخاصة ما يتعلق منه بأسلوب اختيار الحاكم وطريقة توليه الحكم وشكله، وهل هو شورى أم ملكى وراثى، فتأججت الخصومة بين هذه الفرق، وتجذرت الخلافات المذهبية وضيق الأفق بين هؤلاء المتعصبين لمذاهبهم، وانتهى الأمر فى كثير من الأحيان ولفترات طويلة من الزمان إلى القتال الدامى الذى ترك رواسب كثيرة فى نفوس المسلمين، وكان له أثره السيئ الخطير على الإسلام

---

(١) راجع سورة الزمر: الآيتين ١٧ و١٨.

والمسلمين، وشاعت النزعات العرقية والإقليمية بين أبناء الطوائف المختلفة، ولا أدل على ذلك ونحن فى القرن الحادى والعشرين الميلادى من إيمان بعض هذه الطوائف بفكرة ولاية الفقيه، وهى فكرة سياسية وليست دينية بل ومخالفة تماماً لشرع الله وأحكام الشريعة الإسلامية، إذ تقوم هذه الفكرة على الولاية العامة المطلقة لرجل الدين (المقدس)، فهو المؤهل الأوحد لقيادة الأمة الإسلامية بل والعالم كله، طبقاً لصلاحياته الإلهية الطليقة التى تضفى عليه صفات المعصوم بصفته منقذاً للمستضعفين فى العالم، فهو مبعوث العناية الإلهية وهو الناطق باسم السماء ولذلك فإن سلطته مطلقة فى الدين والدنيا، وتكون حاكميته ومشيئته ملزمة لجميع مسلمى العالم أينما وجدوا، وعليهم التسليم للفقيه الحاكم والانقياد الكلى لأوامره، فالولاء للمرشد الفقيه ركن من أركان الدين وطاعته من تمام الإيمان، وهو فرض واجب يأثم تاركه كتارك الصلاة، وهذه العقيدة السياسية تتجاوز يقينياتها الظنون والشبهات وتعلو مطلقاتها على اجتهاد الفقهاء وآراء العلماء، ويحرم على أى فقيه مهما بلغ من مراتب العلم أن يبدى رأياً يتعلق بشأن من شئون هذه الولاية السياسية الراسخة، وكل ذلك يتناقض بحدة مع قوله تعالى بشأن طاعة "أولى الأمر"، إذ أقرت هذه الآية التى سبق لنا عرضها مبدأين: أولهما أن ولاية الأمر لا تنعقد لشخص واحد، ولذلك قلنا أن أولى الأمر تجمع بين الحاكم والقضاة وأعضاء السلطة التشريعية، والآخر أن ولايتهم جميعاً ليست مطلقة حيث أنه يمكن منازعتهم والتنازع معهم فى كل أوامرهم بغير استثناء، ليكون المرجع فى حل هذا النزاع هو ما ورد فى كتاب الله والسنة الصحيحة المطهرة من مبادئ. وفى تقديرنا أن تطبيق فكرة ولاية الفقيه فى عالمنا المعاصر لأول مرة يهدر بيقين مقتضى تلك الآية الكريمة الخاصة بطاعة أولى الأمر منا، فالإسلام يرفض أن يكون للحاكم سلطة دينية على أحد من الناس، فهو ليس معصوماً ولا مهبطاً للوحى ولا مستأثراً بتفسير القرآن، وإنما هو وطلاب الفهم فى الدين سواء، يتفاوتون

بصفاء العقل، والأمة هي التي تنصب الحاكم أو الوالي أو الخليفة وتراقبه وتحاسبه وتعزله عند الاقتضاء، فهو حاكم مدني من جميع الوجوه.

ولذلك فإن العلماء والمفكرين والفقهاء في العالم الإسلامي المعاصر مطالبون بالكف عن اجترار تلك الروايات والآراء التي لا تعبر إلا عن تعصب كريه وفقه سقيم لا نجني من وراء إحيائها إلا المزيد من التفرق والتنازع وذهاب الريح في عصر أحوج ما نكون فيه لجمع الشمل والتمسك بروح هذا الدين الحنيف، أما ما وقع من خلاف بين المسلمين وخاصة في بداية القرن الهجري الأول، وما أسفر عنه من ظهور الفرق والتي يبلغ عددها نحو ٧٣ فرقة حتى اليوم، فلا يجوز عرضه أو تدريسه إلا في إطار البحث العلمي في مدارس العلم وليس على منابر المساجد وللعبرة التاريخية فقط، فلا يسمح بامتداده إلى حاضر المسلمين ومستقبلهم، بل يجمد من الناحية العملية تجميداً تاماً ويترك حسابه إلى الله وفق الآية الكريمة: تلك أمة قد خلت لها ما كسبت ولكم ما كسبتم ولا تسألون عما كانوا يعملون – سورة البقرة: آية ١٣٤، فمبادئ الإسلام جاءت داعية إلى التآلف والوحدة، ناهية عن التنافر والفرقة، آمرة بالتعاون على البر والتقوى، ناهية عن التعاون على الإثم والعدوان، وحتى لو اختلفنا في فهم نص من كتاب الله أو سنة رسوله الكريم، فالاختلاف لا يمنع من التوحد في المبادئ والغايات دون أن نكفر بعضنا بعضاً، لنكون حقاً خير أمة أخرجت للناس (سورة آل عمران: الآية ١١٠)، وكما أثبتنا سلفاً فإن في القرآن الكريم والسنة الصحيحة دعوة قطعية لنكون أمة واحدة، ونقيض الأمة الواحدة الأمة متعددة المذاهب، ولذلك فإن تعدد المذاهب يتعارض بجلاء مع أحكام الشريعة الإسلامية في الكتاب والسنة ومع حقيقة أن الإسلام دين واحد، وليت الدعوة إلى "إسلام بلا مذاهب" تتحقق عملاً ففيها خلاص المسلمين من محنة الفقه الإسلامي، وفيها الحل العظيم لتجديد الفقه الإسلامي، بعد أن تشرذمت

الأمة وراء المذاهب المتعددة وصارت هى الغالبة بالرغم من أن المعين واحد لكل هذه المذاهب وهو القرآن والسنة الصحيحة.

ج ـ حتمية تجديد الفقه الإسلامى المعاصر:

إن تجديد الفقه الإسلامى المعاصر صار غاية علماء المسلمين فى ظل الأحداث المستجدة والمصالح المتبادلة والاتصالات البشرية المتسارعة، وهو عبء جسيم يطوق عنق الفقهاء الإسلاميين الحقيقيين ممن لديهم فكر ثاقب ويؤمنون بأهمية إعمال العقل بوعى تام، فعلى هؤلاء الفقهاء أو العلماء أن يعملوا جاهدين على تجديد الخطاب الإسلامى المعاصر بعد أن غاص الفكر والفقه الإسلامى فى أعماق وغياهب التراث، وتخلى عن كثير من مستجدات العصر، وليس من جدال فى أن مقتضى التجديد هو التغيير المستمر وتطوير الوسائل والأساليب، فما بنى على الاجتهاد والمصالح المتغيرة فهو يقبل التغيير حسب المصلحة، حيث تتغير الأحكام بتغير الأزمان، وصدق الرسول الكريم عندما قال "إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها"، ومن ثم علينا نبذ ما ورثناه عن أسلافنا من مؤرخى المذاهب والعقائد ممن عملوا على إقامة الفرقة العقائدية وتعميقها حيث شعبوا الفرق الدينية تشعيباً مفتعلاً، وانتهى كل منهم إلى أنهم دون غيرهم "الفرقة الناجية"، وبات الشك والريبة بل والكراهية والتنابذ بالكفر سجالاً بينهم، وكل ذلك يفرض علينا وعلى الخطاب الإسلامى المعاصر أن يقضى على هذه العصبية والتبعية البغيضة وترسيخ قيم الحوار الحر نزولاً على قوله تعالى: قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين، فلا نقبل حكماً أو رأياً إلا اقتناعاً وليس التزاماً، وأن يكون مشفوعاً بمسنده مدعوماً بحجته، فمن المعروف أن منهج كل مذهب إسلامى أن يتخذ من النصوص الدينية أصولا يرتكز إليها فى التماس أصول مذهبه، ولكن كل مذهب منها يقرأ النصوص قراءة خاصة به، مما يسفر عنه أن يكون لكل مذهب اجتهاداً مغايراً، وآفة المذاهب الإسلامية أنها قد وقفت عند حد اجتهاد أئمتها

وعلمائها الأولين واقتصر عمل مريدوهم واتباعهم بعد ذلك على محاولة إقناع الآخرين بالحجة ليشاركونهم الرأى، وليت الأمر توقف عند هذا الحد، ولكنهم عملوا لاحقاً على إرغام الآخرين على قبول مذهبهم، وغالباً ما كانت وسيلة الإرغام هى الاتهام بالكفر والزندقة، وعلى أقل تقدير وصمهم بالخروج من الفهم الصحيح للعقيدة، مما أودى بالأمة الإسلامية إلى هاوية التعصب والانقسام إلى كيانات وجماعات وطوائف بينها فواصل تحول دون تجاوبها لتوجه واحد وغاية موحدة.

وعليه فإننا مطالبين اليوم بعدم الوقوف عند اجتهاد هذه المذاهب والوقوع فى أسرها وترديد مقولة "هذا ما وجدنا عليه آباءنا أو أسلافنا" وهى مقولة حاربها الكتاب بشدة ودحضها الرسول الكريم مراراً قولاً وعملاً، ومن ثم يلزم تجاوز تلك الاجتهادات إلى اجتهاد يتوافق مع العصر الذى نعيشه بلا تعصب مذموم ولا مذهبية ضيقة، فقد تسبب الجمود على حرفية النص فى سلبيات كثيرة تحت مزاعم الاستقرار والدوام، وشتان الفارق بين الجمود وما يقتضيه من التشبث بالماضى والتمسك بما لم يعد موائماً أو صالحاً، والاستقرار وهو لا يعنى سوى التمسك فقط بما هو صالح ومتوافق مع العصر، فقد عانى الإسلام والمسلمون كثيراً من الجمود والتحجر الذى أسفر عن صورة مشوهة عنهم، أهم معالمها كما أسلفنا التعصب لاجتهاد بعينه، وهو شر من عصبية الجاهلية التى حاربها الإسلام، لأنه يضيع الحق ولا يعين على نصرته، ويؤدى إلى الخلط بين فكر شيخ المذهب وقدسية النص الدينى، بل ويقدس خطاب عالم الدين ويجعله أكثر أهمية من النص الدينى، فيقوم عالم الدين بالتفسير والإفتاء والتدخل فى كل شئون حياتنا، مما أوجد خطاباً متطرفاً ينبغى مواجهته وإصلاحه وتجديده سواء من حيث الموضوع أم فى طرائق العرض وأساليب الاستدلال والكتابة والصياغة، بل ولعل الحل يكمن – كما نادى الدكتور

مصطفى كمال وصفى – بحظر قيام الفرق الدينية فى الدولة والعمل على كشف الشبهات التى أدت لقيامها، ورجوع المخطئ إلى الحق وإلا صفيت فوراً.

وقد حرصت المحكمة الدستورية العليا فى مصر على ترسيخ ما تقدم حيث قضت فى عديد من أحكامها بضرورة الاجتهاد فى المسائل الاختلافية التى لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقص كمال الشريعة ومرونتها ... وهذه المسائل بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيماً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً، ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة، متحرياً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال ... فالاجتهاد ليس إلا جهداً عقلياً يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وهو بذلك لا يجوز أن يكون تقليداً محضاً للأولين، أو افتراء على الله كذباً بالتحليل أو التحريم فى غير موضعيهما، أو عزوفاً عن النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم ... وإن إعمال حكم العقل فيما لا نص فيه، مرده أن شريعة الله جوهرها الحق والعدل، والتقيد بها خير من فساد عريض، وانغلاقها على نفسها ليس مقبولاً ولا مطلوباً، ذلك أنها لا تمنح أقوال أحد من الفقهاء فى شأن من شئونها قدسية تحول دون مراجعتها وإعادة النظر فيها، بل وإبدالها بغيرها. فالآراء الاجتهادية فى المسائل المختلف عليها ليس لها فى ذاتها قوة متعدية لغير القائلين بها، ولا يجوز بالتالى اعتبارها شرعاً ثابتاً متقرراً لا يجوز أن ينقض، وإلا كان ذلك نهياً عن التأمل والتبصر فى دين الله تعالى، وإنكاراً لحقيقة أن الخطأ محتمل فى كل اجتهاد، بل إن من الصحابة من تردد فى الفتيا تهيباً، ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالاتباع من اجتهاد غيره،

وربما كان أضعف الآراء سنداً، أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة، ولو كان مخالفاً لآراء استقر عليها العمل زمناً ... وتلك هى الشريعة الإسلامية فى أصولها ومنابتها، متطورة بالضرورة، نابذة الجمود، لا يتقيد الاجتهاد فيها – وفيما لا نص عليه – بغير ضوابطها الكلية، وبما لا يعطل مقاصدها التى ينافيها أن يتقيد ولى الأمر فى شأن الأحكام الفرعية والعملية المستجيبة بطبيعتها للتطور، لآراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعاً قد تجاوزتها[1].

لذلك فالمطلوب اليوم بالحاح انقاذ الإسلام من النقل ومن التقليد والتبسيط والتسطيح واسترداده من الشارع والعصبية والشكليات الطقوسية، والانتقال به إلى عمق المعرفة وسمو الإدراك بدلالاته الروحية، وتفعيل العقل الفقهى ليكون عقل فهم ونقد لا مجرد حفظ وترديد، يدرك العلة ويرمى المقصد ويستهدف الغايات التى قررها القرآن وجسدتها سنة المصطفى عليه السلام فى حياة الإنسان، بعيداً عن أساليب الساسة وحبائلهم، وبالتالى نبذ توظيف الدين سياسياً لأن الحاجة عميقة إلى دين لا يسيس وإلى سلطة لا تُدين، وصحيح الدين خلاف صحيح السياسة، ففى الدين صفاء ونقاء القصد والجوهر، خلاف السياسة التى لا نقاء ولا صفاء فى غاياتها أو جوهرها، بل لغط ومناوشات وغوغائية وديماجوجية وارتزاق، ومن هنا فإننا نتحفظ بشدة على ما يردده ويروجه البعض عن وجود ما يسمى بالإسلام السياسى بديلاً عن الإسلام الدينى ومختلفاً عن الإسلام بالمعنى التاريخى المستقر فى المجتمعات الإسلامية، تحت مزاعم التطوير والتحديث ومواجهة تحديات الحداثة الغربية واستعادة روح

(١) راجع أحكامها فى ١٩٩٣/٥/١٥ قضية ٧ لسنة ٨ق. دستورية، وفى ١٩٩٤/٣/٢٦ قضية ٢٩ لسنة ١١ ق. دستورية، وفى ١٩٩٦/١/٦ قضية ٥ لسنة ٨ق. دستورية وفى ١٩٩٦/١١/١٦ قضية ٢٦ لسنة ١٦ق. دستورية، وفى ١٩٩٧/٥/٣ قضية ١٨ لسنة ١٤ق. دستورية، وفى ١٩٩٧/٧/٥ قضية ٨٢ لسنة ١٧ق. دستورية، وفى ١٩٩٨/١٢/٥ قضية ٢٨ لسنة ١٥ق. دستورية.

الإسلام، فمثل هذا التوظيف السياسى للدين لا يعترف بإسلام التيار الغالب من المسلمين، ومن ثم يجب أن توجه الدعوة للمجتمع المسلم نفسه لرد الناس إلى الدين مرة أخرى بعد أن انصرفوا عنه وربما خرجوا منه فلم يعودوا مسلمين بل ولم يكونوا مسلمين من قبل، حيث تركزت الدعوة الإسلامية لديهم بين المخالفين لهم من داخل الإسلام ونشبت المعارك داخل المجتمع المسلم نتيجة التشكيك بغير مبرر فى الهوية الدينية له رغم التاريخ الطويل المستقر فى الإسلام، مما يوجب فى رأيهم ضرورة بناء المجتمع الإسلامى الذى لم يعد إسلامياً بل والذى لم يعرف الإسلام – كما يفهمونه – من قبل.

ولعل أخطر ما ترتب على هذا التوظيف السياسى للدين الإسلامى ما يتردد بين البعض من حديث عن تصنيف جديد للإسلام وتقسيمات ذات طابع سياسى له مثل الإسلام الليبرالى والإسلام العلمانى، والإسلام الرجعى، والإسلام الثورى والإسلام المعتدل والإسلام المتطرف وهكذا، ناهيك عن تقسيمات فقهية مستحدثة للإسلام مثل الإسلام الصوفى والإسلام السلفى والإسلام الجهادى، وهى بدورها تقسيمات سياسية للإسلام وإن تسترت وراء بعض الدعوات الإسلامية الاجتهادية، لكنها كلها فى النهاية ليست فى جوهرها سوى حركات سياسية تتخفى تحت عباءة الإسلام الدينى تزلفاً ونفاقاً لعموم المسلمين والمؤمنين، وهى توجهات خطيرة لكل منها أهداف وأغراض من شأنها هدم الإسلام كدين وتحويله إلى نظام سياسى لدولة أو إمارة، بل وتشويه الشريعة الإسلامية لتكون مصدراً للحكم وليست مصدراً للتشريع، مع ملاحظة أن هناك فارق كبير بين الحديث عن السياسة الشرعية أى علم إدارة الدولة والمجتمع والعلاقات الدولية، وهو حديث هام مقبول، وبين الحديث عن الشريعة السياسية أو الإسلام السياسى وهو حديث خطير جداً من حيث آثاره ومن ثم فهو مرفوض وغير مقبول.

خلاصة القول إذن أنه لا يجوز الخلط فى الأحكام الشرعية الإسلامية بين الأحكام القطعية وتلك الظنية فى النصوص، فمن الضرورى التمييز بين الثابت بالنص والثابت بالاجتهاد، وبين الأصول والفروع، فالالتزام كل الالتزام للأحكام القطعية التى تمثل أحكام الشريعة الإسلامية، وما عداها فهى للاسترشاد والاستفادة، وفى هذا الصدد يجب الالتزام بالحذر الشديد فيما ذهب إليه معظم الفقه الإسلامى من التفرقة بين الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة وغيرها ممن ليست كذلك، حيث يستوى فى العلم بالأولى العامة من الناس والخاصة منهم، ومن ثم فإن إنكارها فى تقدير هؤلاء الفقهاء تؤدى إلى الكفر لما فى إنكارها من تكذيب صريح لله ورسوله، وهى تفرقة اجتهادية فى رأينا، إذ اختلف هؤلاء كثيراً فى تحديد هذه الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، كما أن الاتهام بالكفر يستلزم استناده إلى نص صريح قطعى الثبوت والدلالة، فالفقهيات والفروع ليس فيها تكفير يخرج من الملة، حيث لا جحود أو إنكار لأصل من أصول الإيمان أو الإسلام، علاوة على أن هذا التمييز ولئن كان يخاطب رجل الشارع، إلا أنه لا يصلح لإلزام المشرع أو القضاء به، وفى التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى الكفاية التامة فى هذا الشأن، فالمشرع لا يلتزم سوى بالتمييز بين القطعى والظنى والثابت بالنص والثابت بالاجتهاد، وبصفة عامة يلتزم أولى الأمر فى الدولة الإسلامية وهم الحاكم ومن يفوضه وأعضاء السلطتين التشريعية والقضائية بالنصوص القطعية ثبوتاً ودلالة فقط، سواء تضمنت أحكاماً شرعية أم مبادئ للتشريع، وهى التى يتوافر بشأنها الخصائص التى تميز أحكام الشريعة الإسلامية دون الأحكام الظنية الاجتهادية التى تندرج تحت مدلول الفقه الإسلامى، وذلك كمصدر رسمى للقانون، ولكى تكون هذه الأحكام معلومة بالضرورة للكافة، فإن على المشرع أن يسعى إلى تقنينها والالتزام بها عند التشريع إلى جانب الحاكم والقضاء، دون أن يمنعه ذلك من الاستعانة والاستفادة بالأحكام الاجتهادية كمصدر مادى أو

موضوعى لتشريعاته إن كانت فى تقديره تتوافق وتتلاءم مع الفلسفة القانونية السائدة فى المجتمع، وكل ذلك على نحو ما سنفصله لاحقاً.

المبحث الثانى

خصائص الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية هى – كما أوضحنا وفقاً للرأى الراجح لدينا – مجموعة المبادئ والأحكام الشرعية القطعية التى سنها الله سبحانه وتعالى للناس جميعاً على لسان محمد صلى الله عليه وسلم.

وأهم ما يشير إليه هذا التعريف من عناصر، أن الشريعة الإسلامية هى مجموعة من المبادئ والأحكام التى يتوافر فيها خصائص أحكام القانون والشرع أو بالأحرى خصائص القاعدة القانونية، سنها الله تعالى "للناس جميعاً" وهو الأمر الذى يوفر لهذه المبادئ والأحكام عموميتها وتجريدها ودوام نفاذها وسريانها فى حق العباد فى كل زمان وفى جميع الأحوال مادامت قطعية الثبوت والدلالة، وأخيراً فهى قواعد إلهية المصدر فهى من عنده جل شأنه، مما يميز بينها وبين قواعد القوانين والتشريعات وهى من وضع البشر.

ولذلك تتميز الشريعة الإسلامية بهذه الخصائص المشار إليها والتى يعد بعضها أيضاً شروطاً يلزم توافرها فى الأحكام الشرعية حتى يتسنى تكييفها بأنها من أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك على النحو التالى:

أولاً: أحكام الشريعة الإسلامية قواعد تشريعية قابلة للتقنين:

وفقاً لما تقدم تتكون الشريعة الإسلامية من مجموعة من المبادئ والأحكام الشرعية التى تتضمن الأوامر والنواهى وبعض التوجيهات الملزمة، فهى ليست مجرد عادات أو تقاليد اجتماعية أو نصائح وإنما هى قواعد سلوك اجتماعى يتوافر لها كل خصائص القاعدة القانونية المتعارف عليها لدى رجال الشريعة والقانون على السواء، وعلى رأسها العمومية والتجريد، فإذا كانت

بعض هذه الأحكام لا تتسم بالعمومية والتجريد وإنما كانت تخص واقعة معينة أو شخصاً محدداً، فإنه لا يجوز تعميمها وإعمالها خارج النطاق المحدد لها ما لم يكن النص الخاص بتلك الواقعة أو هذا الشخص ينطوى على مبدأ معين أو أكثر بحيث يمكن الاستناد إليه لإقرار هذا المبدأ كأحد القواعد الشرعية التى تندرج فى الشريعة الإسلامية إذا توافرت فيه الخصائص أو الشروط المتعلقة بالشريعة كما سنوضحها لاحقاً.

وعلى سبيل المثال فإن أحكام الزواج الخاصة بالرسول وزوجاته ليست من القواعد العامة المجردة التى يجوز إعمالها بشأن الغير، على حين أن النصوص التى ترد بشأن وقائع تاريخية معينة قد تتضمن مبادئ قاطعة تصلح للتطبيق على وقائع أخرى قريبة منها وإن لم تكن تماثلها، فمثلاً الأحكام الخاصة بما وقع لسيدنا سليمان وملكة سبأ (بلقيس) وقارون وفرعون ونوح وغيرهم هى من قبيل القصص القرآنى، غير أن الله سبحانه وتعالى لم يحدثنا عنهم لمجرد سردها كقصص، وإنما من المؤكد أنه يستشهد بها لاستنباط العبر التاريخية منها وإقرار بعض المبادئ والأحكام العامة المجردة من سياقها، فعندما يمتدح الله سبحانه وتعالى حكم ملكة سبأ والتزامها بشورى أهلها وقومها، وفى ذات الوقت ينتقد فرعون أشد الانتقاد ويصمه بأنه طغى وأنه استخف بقومه وحرمهم من أن يرون إلا ما يراه، ومن ثم حق عليه العذاب، فإنه يمكن استنباط عدة أحكام شرعية من مثل تلك القصص كاشتراط التزام الحاكم بالشورى باعتبارها من أسس الحكم فى الدولة الإسلامية، وجواز تولى المرأة حكم البلاد والولاية العامة فيها، وعدم الاستخفاف ومن ثم الاستبداد بالشعب، وضرورة مقاومة الطغيان وبالتالى الحق فى معاقبة الحكام الطغاة وهكذا.

وتعترف الغالبية العظمى من الفقهاء ورجال القانون ورجال الدين فى كافة أنحاء العالم بما لقواعد الشريعة الإسلامية من قيمة تشريعية ملزمة لا يمارى فيها، فالإسلام لا يقتصر على تنظيم العلاقة بين الإنسان وخالقه، كغيره

من الأديان السماوية الأخرى فإلى جانب أنه عقيدة وشعائر، فهو أيضاً نظام يحكم شئون حياة الإنسان، ويضع نظاماً محدداً للسلوك الاجتماعى، وينظم عديد من العلاقات بين الأفراد، وبينهم وبين الدولة، وبين الدولة وغيرها من الدول، من خلال كثير من المبادئ الشرعية المتصلة بالحكم والإدارة والسياسة والاقتصاد والمعاملات والعلاقات الدولية فى السلم والحرب[1]. إلا أن مجرد النص فى الدساتير على أن "الإسلام دين الدولة" لا يكفى وحده للالتزام بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، فهذا الإقرار الدستورى ولئن كان يفيد فى الدلالة على أن قواعد الدين الإسلامى بوصفه دين الأكثرية العددية فى الدولة، هى من مقومات المجتمع فى هذه الدولة، إلا أنه - أى مثل هذا النص - لا يؤدى إلى الالتزام بمبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً للقانون أو التشريع، أو أساساً له، إذ أنه لا يعنى فى تقدير جانب من الفقه سوى أن الدين الإسلامى، بل والجانب العقائدى منه فحسب، هو مجرد مميز للدولة التى ينص دستورها على ذلك، بأنها دولة ليست علمانية تنكر دور الدين فى حياة أفراد المجتمع، وإنما هى دولة يدين شعبها كله أو سواده بدين تعترف به الدولة على الملأ ولا تنكره، ومن ثم فإن الهدف من مثل هذا النص هو مجرد تملق الجماهير وخداعها، إذ أن الجماهير العربية لا تطلب مجرد شعار دينى، وإنما تطلب نظاماً إسلامياً أصيلاً[2].

وعليه فإن الالتزام بتطبيق وإعمال أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية تتطلب نصاً دستورياً واضحاً قاطعاً وصريحاً بأن الشريعة الإسلامية هى جزء من البناء القانونى للدولة وتحتل مكانة عليا فيه، وأن على المشرع الالتزام بها فى تشريعاته وأن يعمل على تقنينها فى قواعد قانونية حتى يسهل تطبيقها وإن

---

(١) راجع فى ذلك المستشار محمود الشربينى: الشريعة الإسلامية أصل النظريات القانونية - مجلة العدالة - الصادرة عن وزارة العدل والشئون الإسلامية بدولة الإمارات العربية المتحدة - السنة ٦ - ١٩٧٩ - عدد ٢١ - ص ١١.

(٢) الدكتور عوض محمود عوض: المرجع السابق - ص ١٤.

لم يفعل ذلك، فإنها قابلة للإعمال بذاتها من خلال السلطة القضائية بمناسبة الفصل فى منازعات تستدعى تطبيق أحد هذه الأحكام أو المبادئ التى تتضمنها الشريعة، باعتبارها النص واجب التطبيق فى هذه المنازعة، واستناداً إلى أن هذه المبادئ هى على رأس المبادئ القانونية العامة الملزمة للمشرع وللقاضى وللحاكم رئيس السلطة التنفيذية، وهو الأمر الذى اعتنقته المحكمة الدستورية العليا بقولها أن ولاية المحكمة فى شأنها، تنصب "على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها. ذلك أن المادة الثانية من الدستور، تقدم على هذه القواعد، أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية، إذ هى إطارها العام وركائزها الأصلية التى تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإنكاراً لما علم به الدين بالضرورة، ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها"[1].

وإذ تتجه غالبية الفقه من رجال القانون إلى أن من عناصر القاعدة القانونية أن تتوافر فى شأنها عقيدة الإلزام، فإنه مما لا شك فيه أن هذا العنصر يتوافر فى قواعد الشريعة الإسلامية بصورة أكثر قوة ووضوحاً من أى قانون أو شريعة أخرى على وجه الأرض. والعلة فى ذلك ترجع إلى أن مصدر أحكام الشريعة هو الله جل شأنه فى حين أن مصدر أحكام القوانين غير المستمدة من الشريعة هم البشر الذين يتولون وضع هذه القوانين.

ولا ريب فى أن المسلم حاكماً كان أم محكوماً لا يملك سوى احترام القواعد الشرعية، لأن كليهما يؤمن بأنها من عند الله، وهى لذلك ليست مجرد قواعد تنظم أمورهم وتحقق مصالحهم وتحمى حقوقهم، وإنما هى أيضاً واجبة الاتباع حتماً، ومن ثم فإن طاعتها تقربهم إلى الله، أما عصيانها والخروج عليها

---

(١) حكميها فى ١٩٩٦/١١/١٦ قضية ٢٦ لسنة ١٦ق. دستورية، وفى ١٩٩٨/١٢/٥ قضية ٢٨ لسنة ١٥ق. دستورية.

فهو خروج على الدين يؤدى إلى العقوبة فى الدنيا وإلى ما هو شر من العقوبة فى الآخرة، والمسلم بطبعه حريص على دينه غيور عليه، وهو يشعر بأن احترامه لقواعد الشريعة الإسلامية هو جزء مما يدين به. وإذ تقدر قيمة القاعدة القانونية بقدر ما لها فى نفوس الأفراد من طاعة واحترام، فإنه يمكن القول بأنه ليس فى العالم اليوم شريعة تدانى الشريعة الإسلامية فيما لها من سلطان.

يؤكد ذلك أن خضوع المجتمع، أفراداً وسلطة، لقواعد الشريعة الإسلامية وطاعتهم لها، يكون اختيارياً بمحض رغبتهم، أى أنها طاعة منبعثة من داخل النفس، لأنهم يشعرون أنهم بذلك إنما يطيعون دينهم،وهذه الطاعة الاختيارية تجعل الفرد والحاكم لا يفكران أصلاً فى الخروج على أحكام القانون الإسلامى، حتى مع القدرة التامة على ذلك، فهم يطيعون هذا القانون ويخضعون له، لا لأن القضاء مسلط على رؤوسهم، ولكن لأن طاعة القانون الإسلامى جزء من دينهم وشرط لإيمانهم[١].

ثانياً: الشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق على الجميع فى كل الظروف والأحوال:

أشرنا فى تعريف الشريعة الإسلامية، إلى أن الله عز وجل سن هذه الشريعة للناس جميعاً، وهو ما يعنى صلاحيتها للتطبيق على الناس فى كل زمان ومكان.

فمن الواضح أن نظام السلوك الاجتماعى الذى جاءت به الشريعة الإسلامية السمحاء، يقوم على مفاهيم ومقاييس ومعان ثابتة لا تتغير بتغير الأحوال والأزمنة، ومع ذلك فإنها تحتفظ بصحتها وأصالتها فى كل الظروف والأوقات. ومما لا ريب فيه أن كل ما وصل إليه البشر من معانى الخير أو الشر أو العدل أو الظلم، لا يتمتع بصفة "الصحة المطلقة"، ذلك لأن التفكير

(١) دكتور منير حميد البياتى: المرجع سالف الذكر – ص ٤٩٤.

البشرى تفكير موضوعى من حيث المبدأ، فهو عرضة على الدوام للتأثر بزمن المفكر ومحيطه[1].

إن الإسلام بحكم أنه خاتم الرسالات السماوية، هو التقدم الفكرى بعينه فى العبادات والمعاملات والسياسة على السواء، ولا يتصور أن يكون هناك فكر إنسانى أكثر منه تقدماً فى أى مجال من مجالات الحياة، ولذلك فإن التفسير الصحيح لنصوصه وأحكامه، سوف يكفل للفرد على امتداد العصور كلها – من هنا إلى يوم القيامة – الحرية كل الحرية والكرامة كل الكرامة والأمن كل الأمن[2].

وهكذا تتميز مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية بالثبات والاستمرار مهما تغير الحكام أو اختلفت أنظمة الحكم، فإن ذلك لا يؤثر على القواعد الشرعية لأنها غير مرتبطة بهيئة حاكمة معينة أو نظام للحكم محدد، وإنما ترتبط بالدين الإسلامى الذى لا يتغير ولا يتبدل.

والشريعة الإسلامية كما أشرنا، صالحة للتطبيق على جميع الناس، فهى تسرى على المسلمين وغير المسلمين، فالشريعة الإسلامية تكفل مبدأ المساواة بينهم فيما هم فيه متساوون، وخالفت بينهم فيما هم فيه مختلفون. ولذلك يكفل الإسلام لغير المسلمين حرية العقيدة تحقيقاً للعدالة حيث يبدو وجه الاختلاف الوحيد بين المسلمين وغير المسلمين[3].

إن الشريعة الإسلامية هى ناموس إلهى، ومن ثم لا يمكن تغييرها إذ ليست هناك ضرورة تدعو إلى تغييرها، لأن كل أحكامها صيغت بحيث لا تتعارض مع الطبيعة الأصلية للإنسان والمطالب الجوهرية للمجتمع البشرى فى كافة الأزمنة والعصور.ويرجع ذلك إلى أن الشريعة الإسلامية لم تتناول

---

(١) محمد أسد: المرجع السابق – ص ١٨.
(٢) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى: مبادئ الأنظمة السياسية – ١٩٨٤ – ص ١٥٧.
(٣) عبد القادر عودة: الإسلام وأوضاعنا القانونية – طبعة ١٩٨٢ – ص ٤٦.

بأحكامها إلا المبادئ العامة للمسائل التى تتأثر بطبيعتها بالتطور الاجتماعى للإنسان، تاركة بذلك المجال للتغير الذى يقتضيه الزمن فى الجوانب الفرعية لهذه المسائل. ولم تعالج الشريعة الإسلامية مسألة ما بالتفصيل المسهب إلا إذا كانت هذه المسألة مما لا يمسها التغيير حتماً كنتيجة للتطور الاجتماعى، كالعلاقات الأساسية بين الناس، فهى أمور تتعلق بوجودنا الفردى أو الاجتماعى المستقل كل الاستقلال عن التأثر بالتغيير الزمن[1].

وعلى سبيل المثال، فإن الأمور المتصلة بالشئون السياسية المتعلقة بنظام الحكم فى الدولة، هى من الأمور التى لابد وأن يشملها التغيير الزمنى، ولذلك جاءت أحكام الشريعة الإسلامية فى القرآن والسنة، المتصلة بهذا الموضوع فى هيئة مبادئ عامة ترسم لنا حدوداً جلية لمنهاج سياسى صالح للنفاذ والتطبيق فى كل الأزمة وبالنسبة لكل ظروف الحياة البشرية، ولكنها مع ذلك لم تتعرض للمسائل الفرعية، فلم تضع شكلاً محدداً لأسلوب الحكم فى الدولة الإسلامية، وفقاً لنظرية دستورية مفصلة، فقد كان طبيعياً على الشريعة باعتبارها ناموساً إلهياً، أن تضع فى اعتبارها أن حاجات الإنسان السياسية حاجات مرتبطة بالزمن، متطورة مع تطوره، وليس هناك أنظمة أو أحكام قانونية معينة مهما تكن محكمة صارمة، يمكن أن تحد من فعالية هذا التطور

---

(١) ولذلك ذهب قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى أن "من المقرر أن الله تعالى ما شرع حكماً إلا لتحقيق مصالح العباد، وما أهمل مصلحة اقتضتها أحوالهم دون أن يورد فى شأنها حكماً، وكان مسلماً كذلك أن ما كان ثابتاً بالنص هو المصلحة الحقيقية التى لا تبديل لها، وأن العمل على خلافها ليس إلا تعدياً على حدود الله، وكانت المصلحة التى تعارض النصوص القرآنية لا تعتبر مصلحة حقيقية، ولكنها أدخل إلى أن تكون تشهياً وانحرافاً فلا يجوز تحكيمها ... ولا وجه للقول بأن الشريعة الغراء – وغايتها إصلاح شئون العباد وتقويمها – تناقض فى تطبيقاتها العملية مصالحهم وتعارضها، ولأن ما ينهانا الله عنه يكون ضرورة راجحاً، وما يأمرنا به وجوباً، أو على سبيل الإباحة، إنما يكون نفعه غالباً، ولا يعتبر بالتالى قريناً لإيذاء أو مضارة، أو سبباً لأيهما، وإلا ابتعد عن مصالح العباد، وكان سعياً لما يناقضها، ومدخلاً إلى مفاسد مقطوع بها، أو راجحاً وقوعها بقدر الإثم الملابس لها أو المحيط بها، وهو ما ينزهه الله تعالى عنه" – حكمها فى ١٩٩٤/٨/١٤ القضية ٣٥ لسنة ٩ق. دستورية.

الحتمى. ولهذا فإن الشريعة الإسلامية تكتفى بتقديم عدد محدود جداً من المبادئ السياسية، وتترك بعد ذلك المجال رحيباً لصياغة الدساتير وتنظيم الحكومة، وما يتصل بذلك من سن القوانين التى تتطلبها الظروف المتغيرة، لاجتهاد المسلمين فى كل عصر[1].

ثالثاً: الشريعة الإسلامية مصدرها الله سبحانه وتعالى:

تتميز الشريعة الإسلامية بأنها قانون إلهى مصدره الله عزوجل، فهى تشمل الأحكام التى جاء بها القرآن الكريم، وسنة نبيه محمد ﷺ.

وإذا كان القرآن الذى يحوى أحكام وقوانين إله العالم بألفاظه تعالى مباشرة، والذى تلقيناه على لسان آخر الأنبياء محمد ﷺ، ليست محلاً لأدنى جدل أو خلاف حول نسبتها لله العلى العظيم، فإن أسوة رسوله الكريم الحسنة وسنته الطاهرة الشريفة التى توضح القرآن وتشرحه ليست كذلك محلاً لأدنى خلاف حول مصدرها الإلهى فالرسول ما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى، ولذلك فإن طاعة الرسول ليست طاعة بعيدة عن طاعة الله تعالى، وإنما هى الشكل العملى لطاعة الله.

فالرسول عليه الصلاة والسلام لم يكن مجرد حامل رسالة من الله، لا مهمة له سوى تبليغ الرسالة، وإنما كان القائد والحاكم والمعلم المعين من لدنه تعالى، فكانت مهمته شرح القانون الإلهى بأقواله وأفعاله، وتفهيم الناس معناه الصحيح، وتربية الأفراد وفق نظريته ومنهجه ثم تجميع من تربوا على معانيه ومبادئه وتنظيمهم فى شكل جماعة مسلمة من أجل إصلاح المجتمع، ليريهم كيف يكون نظام الحياة بأسره على مبادئ الإسلام. هذا العمل الكامل الذى أتمه عليه الصلاة والسلام فى ثلاثة وعشرين عاماً – هى فترة حياته النبوية – هو السنة التى تكون جنباً إلى جنب – مع القرآن الكريم – القانون الأعلى الصادر

(١) محمد أسد: المرجع السابق – ص ٥٥.

مـن الحـاكم الأعلـى وتكملـه. وهـذا القـانون يـسمى بالاصـطلاح الإسـلامى "الشريعة"[1]، وهو الاصطلاح الذى يميزها باعتبارها كلها إلهية المصدر عن القانون الذى يضعه البشر.

ونصوص القرآن الكريم لا تترك أى مجال للشك فى حتمية الالتزام بأحكام السنة، فيقول الله تعالى "وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله" سورة النساء ٦٤، ويقول "وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا" الحشر: ٧، ويقول "وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم" – الأحزاب: ٣٦، ويقول "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول" النساء: ٥٩. فالله سبحانه وتعالى يأمر بطاعته وطاعة رسوله، وإعادة فعل الطاعة عند ذكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول تجب له استقلالاً سواء كان ما أمر به فى القرآن أو لم يكن فيه، لأنه أوتى الكتاب ومثله معه[2].

هذه هى مصادر الشريعة الإسلامية التى ترتكز فقط على الوحى الإلهى، حيث تشمل بين دفتيها القرآن والسنة، أما غير ذلك من مصادر غير إلهية مثل الإجماع والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف والاستصحاب وشرع من قبلنا ومذهب الصحابى، فهى ليست من مصادر الشريعة الإسلامية، وإنما هى مصادر للتشريع الإسلامى، أو كما يرى البعض بحق هى مصادر للفقه الإسلامى[3]، فهى مصادر تقوم على الاجتهاد البشرى

---

(١) أبو الأعلى المودودى: الحكومة الإسلامية – تعريب أحمد إدريس – الطبعة الثانية – ١٩٨٠ – الناشر: المختار الإسلامى – ص ١٧٢.

(٢) عبد القادر عودة: المرجع السابق – ص ٥٩.
وفى تقدير البعض (دكتور محمد فاروق النبهان: المدخل للتشريع الإسلامى – الطبعة الثانية – ١٩٨١ – ص ١١) أن التشريع الإسلامى ينقسم إلى تشريع إلهى محض "القرآن والسنة"، وتشريع إسلامى وضعى (الاجتهاد).

(٣) الأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى: المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى – ١٩٥٩ – ص ١٤٢، وهو يرى أنه كثيراً ما خلط الناس بين الشريعة والفقه، وظنوا خطأ أن ما=

خلافاً للقرآن والسنة فمصدرهما الله سبحانه وتعالى، فالسنة باعتبارها "وحى" من الله سبحانه وتعالى تلحق بالقرآن الكريم فيما أتت به من أحكام شرعية قطعية الثبوت والدلالة، ومن ثم يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً – كما قضت بذلك المحكمة الدستورية العليا – لأنها "تمثل من الشريعة الإسلامية مبادؤها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الإلتواء بها عن معناها. وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها، على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها[1].

وعلى ذلك فإن الكتاب والسنة دون غيرهما يعدان من المصادر الملزمة وذلك من ناحيتين: فهما من ناحية يدخلان ضمن المصادر المادية أو الموضوعية للتشريع فى الدولة الإسلامية، وهما من ناحية أخرى بوصفهما يمثلان وحدهما مصادر أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، يعتبران من

=نقل عن الأئمة المجتهدين من اجتهادات هو نفس الشريعة ... وأغلب ما يسمى بالفقه الإسلامى جاء وليد اجتهاد المجتهدين وتطبيقهم لنصوص الشريعة وقواعدها، مراعين فى ذلك اختلاف البيئات والأعراف. ومن هنا أتى الاختلاف فى الفقه الإسلامى وهو لا يؤدى إلى الاختلاف فى الشريعة والتناقض فيها.

والواقع أن رجال الشريعة والقانون تتعدد مذاهبهم حول تحديد مصادر الشريعة الإسلامية أو "أدلة الأحكام" كما يطلق عليها علماء الشريعة أحياناً. فالبعض يعتبرها جميعاً مصادر للشريعة الإسلامية تتدرج فيما بينها من حيث مدى الحجية ودرجة الالزام (دكتور منير حميد البياتى: المرجع السابق ص ١٢٦)، والبعض يرى أنه لا يوجد منها ما يصح أن يوصف بالمصادر إلا القرآن والسنة والإجماع والعرف (الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: الشريعة الإسلامية كمصدر أساسى للدستور سالف الذكر – ص ١٧ هامش "١")، بينما الراجح لدينا أن مصادر الشريعة الإسلامية تقتصر على الكتاب والسنة، باعتبارها وحدها مصادر إلهية وليست بشرية.

(١) راجع أحكامها فى ١٩٩٣/٥/١٥ قضية ٧ لسنة ٨ق. دستورية، وفى ١٩٧٥/٥/٣ قضية ١٨ لسنة ١٤ق. دستورية وفى ١٩٩٨/١٢/٥ قضية ٢٨ لسنة ١٥ق. دستورية.

المصادر الرسمية للقانون ويندرجان ضمن المبادئ القانونية العامة التى تعلو التشريع فى تدرج القواعد القانونية.

وأخيراً يتعين ملاحظة أنه فى حالة التعارض بين الكتاب والسنة بشأن أحد الأحكام الشرعية، فإن الحكم الوارد فى الكتاب تكون له الأولوية على حكم السنة، ولهذا عاتب القرآن الكريم الرسول أحياناً مثل قوله: يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك تبتغى مرضاة أزواجك والله غفور رحيم – التحريم: آية (١)، فالرسول ليس له أن يأتى بشئ من الأحكام الشرعية من نفسه خلاف الوحى، ومن ثم لم يكن لأصحابه وتابعيهم ولا لغيرهم فى الماضى والحاضر والمستقبل أن يخالفون – من باب أولى – ما جاء عن الله ورسوله من أحكام قطعية، فمن غير المعقول ولا المقبول أن يستبدل بعض المسلمين مصادرهم ومراجعهم الإلهية بمصادر بشرية، وأن يتحول دينهم الإسلامى من دين سماوى ليكون دين أرضى من وضع البشر أياً كان هؤلاء البشر ومهما بلغت قدراتهم وقويت حججهم.

رابعاً: أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت:

فالشريعة الإسلامية بمفهومها الدقيق والصحيح على نحو ما سبق لنا عرضة من الثوابت الواردة قطعاً عن الله ورسوله من خلال الوحى المنزل على سيدنا محمد عليه السلام، وليس ثمة مشكلة فى هذا الصدد إذا كان الحكم الشرعى يستند على نص وارد فى آية من كتاب الله، فهو نص قطعى الثبوت بلا جدال، أما إن كان منقولاً عن رسول الله كحديث عنه فيشترط فيه أن يكون منقولاً نقلاً تواترياً حتى يقطع بثبوته وإلا كان ظنياً، ومن المعروف أن سبب تواتر الكتاب وعدم تواتر معظم السنة التى بين أيدينا اليوم، وهما متعاصران زمنياً ونطق بهما الرسول عليه السلام بنفسه، يرجع إلى نهى الرسول عن ذلك فى عصره منعاً للخلط الذى قد يقع بينهما، ولذلك بقيت السنة ردحاً من الزمن بين حفظ فى صدور حفاظها وبين تدوين ضاع الكثير منها، وفى ذات الوقت

دُس فيها ما ليس منها، خاصة وأن الأعم الأغلب من حملة الحديث فى عصر البعثة النبوية لم يكونوا ممن يحسنون القراءة والكتابة، فكان جل اعتمادهم على ما تعى آذانهم وتحفظ قلوبهم، إضافة إلى منع الخلفاء الراشدين تدوين حديث الرسول، وما أكلته بعد ذلك نيران الحروب والفتن لعديد بل كثير من هؤلاء، مما كان له الأثر البالغ فى إضاعة الحديث واتساع شقة الخلاف بين المسلمين حولها، واستمر الحال كذلك حتى عهد عمر بن عبد العزيز الذى أمر بتدوين الحديث مع مطلع المائة الثانية للهجرة، رغم نهى الرسول عن ذلك، وعليه تقتصر أحكام الشريعة الإسلامية المستمدة من الأحاديث النبوية وهى فقط التى تندرج فى نطاق السنة الصحيحة، على الأحاديث المتواترة فقط عن الرسول الكريم دون أحاديث الآحاد أو حتى شبه المتواترة، إلى جانب أفعاله المتصلة بالتشريع والمتواترة بدورها، أى أن كل من السنة الفعلية والقولية هما من مصادر أحكام الشريعة الإسلامية بشرط تواترها دون انقطاع منذ عصر النبوة المحمدية، ومن ثم تتصف بأنها قطعية الثبوت وبالتالى تتمتع بصفة الإلزام.

خامساً: أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية قطعية الدلالة:

الأحكام الشرعية المستمدة من مصدرى الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت، يجب أن تكون أيضاً قطعية الدلالة، أى أن تكون دلالة النص على المعنى دلالة قطعية لا تحتمل الخلاف، فإن كانت قابلة للتأويل والتفسير على أكثر من نحو فهى دلالة ظنية غير قاطعة، والحقيقة أنه لو كانت الأحكام الشرعية الإسلامية قد نزلت كلها من خلال الكتاب الكريم والسنة النبوية الصحيحة محكمة فى صيغ وعبارات واضحة لا يشوبها أى غموض أو إبهام فى دلالتها، لكانت عملية استنباط أو استخراج الحكم الشرعى منها ميسورة لكثير من الناس، لكنها لم ترد بهذه الصورة بل وردت بعضها محكمة والآخر متشابهات، كما أن الآيات المحكمات وردت منثورة فى المجموع الكلى من الكتاب، والعلة من ذلك أن تطور الحياة والمجتمعات ورعاية المصالح

والأعراف والبيئات والأزمنة والأمكنة تحتم بقاء باب الاجتهاد بالرأى مفتوحاً لاستيعاب المعاملات الحديثة والوقائع والحوادث المستجدة والقضايا العصرية المعقدة، وتوجب عدم القطعية فى دلالة كثير من النصوص لتكون صالحة لكل زمان ومكان وفى جميع الأحوال، مما يجعلها خالدة ومرنة فى آن واحد، بحيث تقتصر القطعية على الأصول والكليات والمبادئ العامة، وتكون مخالفتها مخالفة لشرع الله، أما المتغيرات والفروع فإنها تكون وتظل محلاً للاجتهاد والرأى والاستحسان والقياس وغيرها من مصادر الفقه والإفتاء لاستنباط الحكم الشرعى المناسب لظروف العصر على ضوء الكليات والقواعد العامة، وهى تشمل الأحكام التى تتعلق بالمصالح المتغيرة كأحكام المعاملات والشئون السياسية والاقتصادية وما إليها.

وفى هذا يقول الله سبحانه وتعالى فى محكم القرآن الكريم: كتاب أنزلناه إليك مبارك ليدبروا آياته وليتذكر أولوا الألباب – سورة ص: آية ٢٩، بمعنى أن الحكمة من تنزيل الكتاب أن يتدبر الناس آياته فيستخرجوا منها علمها ويتأملوا أسرارها وحكمها، لأن التدبر فيه والتأمل لمعاينة يتطلب إعادة الفكر فيها مرة بعد مرة لندرك بركته وخيره وعدم الاكتفاء بتلاوته، ولذلك فإنه عدا الأحكام القطعية وهى قليلة كما أشرنا، فالباقى من القرآن كله قابل للتدبر وإعمال العقل والتفكير بشأنه، مما يؤكد أن الأصل فيها ظنية دلالتها.

وفى هذا الصدد يتعين ملاحظة أنه لا يجوز للمشرع أن يخرج على دلالات النص قطعى الثبوت إذا تعددت واحتمل أكثر من دلالة أو تأويل بطرحها كلها جانباً، بمعنى أنه إذا كان النص قطعى الثبوت له عدة دلالات قطعية أى محددة على سبيل الحصر والدقة فى دلالتين أو أكثر، فليس للمشرع إلا أن يختار من بين هذه الدلالات المحددة ما يتناسب مع ظروف الزمان والمكان، وبالتالى يلتزم بالحكم الشرعى قطعى الثبوت وفقاً للدلالة التى يقدر

المشرع توافقها مع الظروف والأحوال السائدة وقت التشريع، وذلك على نحو ما سنبينه لاحقاً.

كما أنه فى الأمور التى لم ترد فيها أحكام قطعية ولا ظنية فى الكتاب والسنة الصحيحة يحق للمشرع أن يضع من القوانين ما يراه محققاً للمصلحة العامة للمجتمع مع الالتزام باتباع مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها وعدم الخروج عليها إلا لضرورة تحتم ذلك لعدم صلاحية المبدأ للتطبيق فى الظروف الماثلة وقت التشريع.

الفصل الثانى

مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر مادى للتشريع

سبق أن أشرنا إلى أن المشرع عندما يضع القاعدة القانونية، فإنه يستمد مضمون هذه القاعدة من بعض الحقائق التاريخية أو الدينية أو الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية، وأن هذه الحقائق تمثل المصدر الموضوعى أو المادى للقاعدة القانونية حيث يستمد منها موضوعها أو مادتها الأولية.

واصطلاح "الحقائق" يعنى أن الفكرة موضوع هذه الحقيقة هى فكرة مستقرة أو نابعة من وجدان المجتمع الذى يضع المشرع له تلك القاعدة القانونية المستمدة من هذه الحقائق، فهذه الفكرة مع غيرها من الأفكار تمثل حقائق بالنسبة لهذه المجتمع، ومن ثم تأتى القاعدة القانونية المستندة لهذه الحقائق كانعكاس للمجتمع، معبرة عن حاجاته ومقوماته الأساسية.

ومن الحقائق التى لا مجال للنقاش حول استقرارها ووجودها فى وجدان وضمير المجتمعات العربية والمجتمع المصرى على الأخص، الإيمان بالله ورسله ووجوب طاعته والالتزام بشريعته فى حياة أفراده الأخلاقية والاجتماعية.

ولا ريب فى أن اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً موضوعياً للتشريع هو أمر لا يحتاج إلى النص عليه، ولذلك فإن النص فى المادة الثانية من دستور ١٩٧١ فى مصر – وغيره من دساتير بعض الدول العربية الأخرى كالكويت والبحرين وقطر والإمارات – على أن "الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى – أو مصدر رئيسى - للتشريع" أو أنها أساس التشريع مثلما ورد فى دستور سلطنة عمان لعام ١٩٩٦[1]، لا يأتى بجديد فى هذا الصدد، فأحكام الشريعة

(١) ويقترح البعض فى هذه الدول أن يكون النص أن "الشريعة الإسلامية مصدر التشريع" بمعنى أنه المصدر الوحيد للتشريع، وهو أمر مستحيل التحقق إزاء التطور الحتمى الذى يلحق بكافة الدول والشرائع.

الإسلامية ومبادئها ما زالت بعد النص كما كانت قبله مصدراً موضوعياً أو مادياً للتشريع[1].

يؤكد ذلك ما ورد فى تقرير اللجنة الخاصة التى شكلها مجلس الشعب للنظر فى مبدأ تعديل الدستور عام ١٩٨٠، فيما يخص المادة الثانية منه بصدد الشريعة الإسلامية، من أن تعديل نص هذه المادة ليكون "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع" يهدف إلى أن يزيل من الأذهان أية مظنة فى عدم التزام المشرع بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع منها فى كافة نواحى الحياة.

وقد أيد القضاء بصفة عامة هذه الاتجاهات – فى ذلك الوقت – حيث ذهب القضاء الإدارى إلى اعتبار النص الوارد فى المادة الثانية من الدستور، خطاب موجه إلى السلطة التشريعية (المشرع) وأنه ليس للمحاكم أن تمتنع عن تطبيق مواد القوانين السارية بحجة تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية، لما فى ذلك من تعرض لدستورية هذه المواد مما يخرج عن اختصاصها، حيث تختص بذلك المحكمة الدستورية العليا فى مصر دون غيرها .... ولأن نص المادة الثانية – حتى بعد تعديلها – هى خطاب موجه إلى السلطة التشريعية لدراسة الشريعة الإسلامية دراسة شاملة وتتولى بالتنظيم الأحكام التفصيلية، مدنية كانت أو جنائية أو اقتصادية أو دولية أو غيرها[2]، وعلى السلطة التشريعية أن تبحث فى التشريعات الوضعية القائمة لتنقيتها من النصوص التى تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، لتتدفق نقيه فى شرايين التشريعات

---

(١) يرى الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى أيضاً أن مبادئ الشريعة الإسلامية تمثل نوعين من المصادر: فهى تعد أولاً مصدراً موضوعياً وبخاصة مصدراً تاريخياً ... وتعد ثانياً: مصدراً رسمياً (بداهة) حيث أن النص عليها فى الدستور كمصدر للتشريع قد أسبغ على مبادئها (أى الشريعة) صبغة الإلزام. راجع مؤلفه: الشريعة الإسلامية كمصدر أساسى للدستور سالف الإشارة ص ٢١ وما بعدها.

(٢) المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٨٢/٤/٣ القضية ٢٣٩ لسنة ٢٧ق، مجلة العلوم الإدارية السنة ٢٦ العدد الأول يونيو ١٩٨٤ ص ١٦٣.

المختلفة ... وإلى أن ينبثق هذا النظام التشريعى ويستكمل قوته الملزمة، فإن التشريعات السارية فى الوقت الحاضر، تظل نافذة بحيث لا يسوغ لأية جهة إدارية مخالفتها بحجة تنفيذ قواعد الشريعة الإسلامية، أو تضع من القواعد ما يتعارض مع هذه القوانين بمقولة تطابقها مع أحكام هذه الشريعة، وإلا أصبح النظام القانونى فى الدولة مسخاً تبرأ منه كل الشرائع[1].

وبدورها أكدت محكمة النقض على أنه "لما كان النص فى الدستور فى المادة الثانية منه من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ليس واجب الإعمال بذاته وإنما هو دعوة للشارع كى يتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً فيما تسنه من قوانين ... ومن ثم فإن أحكام تلك الشريعة لا تكون واجبة التطبيق بالتعويل على نص الدستور المشار إليه، إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأخرج هذه الأحكام فى نصوص تشريعية محددة ومنضبطة تنقلها إلى مجال العمل والتنفيذ بدءً من التاريخ الذى تحدده السلطة التشريعية لسريانها"[2].

أما عن القضاء الدستورى، فإن قضاء المحكمة العليا يختلف عن قضاء المحكمة الدستورية العليا، وخاصة بعد إجراء التعديل الدستورى عام ١٩٨٠، فقد قضت المحكمة العليا فى ١٩٧٦/٧/٣ بأن "ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور بأن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع تستهدف توجيه الشارع إلى استلهام قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء، أما تخير المشرع مذهب دون مذهب أو أرجح الأقوال فى مذهب من المذاهب وإلزام القضاء التقيد به، فهو من المسائل التى يترخص فيها بسلطة تقديرية وفقاً لما

---

(١) المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٩١/١١/٢٤ القضية ٤٨٣ لسنة ٣٤ق، المجموعة السنة ٣٧ ص ٢٤٥.

(٢) راجع أحكامها فى ١٩٨١/١١/٤ الطعن ٢١٧٠ لسنة ٥١ق، المجموعة السنة ٣٢ ص ٨١٣، وفى ١٩٨٥/٣/١٩ الطعن ٦٣٨٢ لسنة ٥٣ق، المجموعة السنة ٣٦ ص ٤١٦، وفى ١٩٨٦/١٠/٢٢ الطعن ٣٣٠٧ لسنة ٥٦ق، المجموعة السنة ٣٧ ص ٧٩٢.

يراه ملائماً لظروف المجتمع بلا معقب عليه فى تقديره، إذ يسوغ للشارع – بما له من سلطان – أن يجمع الناس على رأى واحد يرفع به الخلاف ويقيد به القاضى كى ينزل الجميع على حكمه ويأثم من يخالفه لأن طاعة ولى الأمر واجبة فيما ليس فيه مخالفة للشرع ولا معصية، وأساس هذا الجمع هو تيسير تعريف القاضى والمتقاضى على السواء بما يحكم أعمال الناس من قواعد، تحقيقاً لاستقرار العلاقات وثبات الأحكام وإرساء للحق والعدل والمساواة"[1].ويبدو جلياً من قضاء المحكمة العليا أنها رأت فى مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً موضوعياً خالصاً للمشرع، الذى يتمتع بسلطة تقديرية فى ظل هذا النص فى اختيار مذهباً دون آخر أو أرجح الأقوال فى مذهب من المذاهب وفقاً لما يراه ملائماً لظروف المجتمع بلا معقب عليه فى تقديره، مما يؤكد بوضوح أن هذه المحكمة تفسر الشريعة الإسلامية بأنها الفقه الإسلامى بمذاهبه المختلفة بعيداً عن فكرة الأحكام القطعية ومدلول المبادئ، وهو الأمر الذى نلاحظ أن المشرع الدستورى فى دولتى الكويت والبحرين قد اعتنقاه، حيث حددا فى المذكرة التفسيرية للدستور الكويتى عام ١٩٦٢ والدستور البحرينى عام ٢٠٠٢، وهى ملزمة للكافة ولها قوة الدستور فى كلتا الدولتين وفقاً لنظامهما الدستورى، مدلول "الشريعة الإسلامية" بأنها تعنى "الفقه الإسلامى" دون تحديد لفقه مذهب محدد أو اجتهاد معين ليستمد منه المشرع فيهما تشريعاته، بما لا يدع مجالاً للشك فى أن الشريعة الإسلامية فى هاتين الدولتين ليست سوى أحد المصادر الموضوعية أو المادية التى يمكن للمشرع الالتجاء إليها أو لغيرها عندما يقوم بسن تشريعاته فيهما، وهو الأمر الذى يفرغ فى تقديرنا هذا النص الدستورى من كل مضمون، حيث ليس هناك ثمة فقه إسلامى متفق عليه فى العالم الإسلامى أو الدول الإسلامية قاطبة.

---

(١) المحكمة العليا فى ١٩٧٦/٧/٣ القضية ١٠ لسنة ٥ق. دستورية، المجموعة الجزء الأول ص ٤٣٢.

لذلك رأى المشرع الدستورى فى مصر بمناسبة تعديل دستور ١٩٧١ لأول مرة عام ١٩٨٠ أن الوقت قد حان لإزالة هذا الخلط بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى من خلال إعادة صياغة نص المادة الثانية من الدستور لتكون "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع"، واستطاعت المحكمة الدستورية العليا بحصافتها المشهود بها لها، أن تضع الضوابط والمفاهيم الصحيحة لهذا النص المعدل، والتى بمقتضاها ترتقى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية القطعية لتكون مصدراً رسمياً للقانون، إلى جانب كونها مصدراً موضوعياً للتشريع، كما سنوضح لاحقاً.

غير أنه ورد فى المادة ٢١٩ من مشروع الدستور الجديد النص على أن "مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتبرة فى مذاهب أهل السنة والجماعة"، والمقصود بالأدلة الكلية كل ما جاء فى القرآن والسنة الصحيحة، أما القواعد الأصولية والفقهية، فهى القواعد المستنبطة من عموم الأدلة الشرعية التى لا اختلاف عليها والتى تحقق مقاصد الشريعة، والمقصود بالمصادر المعتبرة فى مذاهب أهل السنة والجماعة استبعاد المذاهب الفقهية الأخرى مثل مذاهب الشيعة والإباضية والظاهرية، وهو الأمر الذى يكرس التعصب والفرقة بين المسلمين، وعليه تشمل هذه المصادر القرآن والسنة وهى المصادر الآلهية على نحو ما سبق عرضه إلى جانب الإجماع والقياس وهى مصادر اجتهادية بشرية كما شرحنا سلفاً، وذلك وفقاً لرأى غالبية فقهاء أهل السنة والجماعة، مما يعنى اتجاه المشرع الدستورى إلى الخلط التام بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى.

وإذ يثور التساؤل عن دور مبادئ الشريعة الإسلامية فى التشريع، فإن الأمر يتطلب كذلك التعرض لمقاصد هذه الشريعة وبيان دورها أيضاً فى التشريع سواء باعتبارها من مبادئ الشريعة أو أن مدلولها يختلف عن مدلول تلك المبادئ.

المبحث الأول

دور مبادئ الشريعة الإسلامية فى التشريع

من الجلى أن المشرع الدستورى فى نص المادة الثانية من الدستور يخاطب السلطة المختصة بالتشريع على وجه الخصوص، وهو أمر طبيعى كما قلنا سلفاً لأن مراعاة المشرع والتشريع فى الدول التى يكون معظم سكانها من المسلمين للشريعة، لا يتعارض فى حد ذاته مع طبيعة الدولة المدنية ولا مع مفهوم ومدلول الديمقراطية، ما دام ذلك النص لا يقيم حكومة دينية تعطى لعلماء الدين حقاً فى اقتسام السيادة مع الشعب، فلا تكون لهم مهما كانت صفاتهم الدينية أية سلطة أو وصاية على المجتمع أو الدولة بما يخل بالأصل الدستورى السائد فى كل الدول الديمقراطية الحديثة من أن الشعب وحده هو مصدر السلطات، إذ لا يسوغ فى نظام حكم ديمقراطى أن توجد هيئة دينية تتبوأ دون غيرها منزلة "المرجعية الدينية العليا أو النهائية أو الرئيسية" وتمارس السلطة بهذه الصفة مما يجعلها وصية على الشعب تفرض إراداتها عليهم تحت شعار الدين، وهو ما لا يمكن قبوله وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية ذاتها، التى ترفض بوضوح بالغ فكرة "المرجعية" بل وتحظرها تماماً لتعارضها التام مع طبيعتها التى تقوم على تشجيع التدبر والتفكير والاجتهاد وإعمال العقل والبحث عن العلم.

وقد أكدت وثيقة الأزهر الصادرة فى يناير ٢٠١٢، التى حظيت بتأييد من الأقباط والليبراليين والإسلاميين وغيرهم على تلك المبادئ والمقومات بقولها: يتم تأسيس الدولة الوطنية الدستورية الديموقراطية الحديثة بالاعتماد على دستور ترتضيه الأمة، يفصل بين سلطات الدولة ومؤسساتها القانونية الحاكمة، ويحدد إطار الحكم، ويضمن الحقوق والواجبات لكل أفرادها على قدم المساواة، بحيث تكون سلطة التشريع فيها لنواب الشعب، بما يتوافق مع المفهوم الإسلامى الصحيح، حيث لم يعرف الإسلام لا في تشريعاته ولا حضارته ولا تاريخه ما يعرف في الثقافات الأخرى بالدولة الدينية الكهنوتية التى تسلطت

على الناس... ويكون الاعتماد على النظام الديموقراطى، وبما يضمنه من تعددية ومن تداول سلمى للسلطة، ومن تحديد للاختصاصات، والالتزام بمنظومة الحريات الأساسية فى الفكر والرأى، مع الاحترام الكامل لحقوق الإنسان ، والتأكيد على مبدأ التعددية، واحترام الأديان السماوية، واعتبار المواطنة مناط المسئولية فى المجتمع.

وعليه تذهب غالبية فقهاء القانون إلى أن النص فى الدستور على اتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع إنما ينصرف بطبيعة الحال إلى اتخاذها مصدراً موضوعياً للمشرع، إذ لا يسبغ هذا النص على أحكام الشريعة قوة إلزام ذاتية، ولذلك فإن أحكامها ما زالت بعد النص كما كانت قبله مجرد قواعد دينية، لا يلتزم الناس بالعمل على وفقها إلا بوازع من ضمائرهم وحدها، ولا تكتسب هذه الأحكام قوة الإلزام التى تحظى بها قواعد القانون إلا إذا تدخل المشرع فقننها، وفى هذه الحالة تصبح تلك الأحكام ملزمة بتقريرها تشريعياً لا بذاتها، أى بسلطان الدولة لا بسلطان الدين. والدليل على ذلك أن الخطاب فى النص الدستورى موجه إلى المشرع لا إلى الكافة ولا إلى القضاء. فهو يلفت نظر المشرع إلى وجوب استلهام قواعده فى كل ما يعرض له من أمور مما تقرره الشريعة الإسلامية[1].

ومن الملاحظ أنه أياً كان التفسير الذى يعتنقه القضاء وبعض الفقهاء لنص المادة الثانية من الدستور الحالى فى مصر، فإن القدر الأدنى المتفق عليه هو "التزام" المشرع باتباع مبادئ الشريعة الإسلامية عندما يسن تشريعاً معيناً،

---

(١) الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض: المرجع السابق – ص ١٨.
الأستاذ الدكتور مصطفى الجمال: المرجع السابق – ص ٣٢٢.
الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق – ص ٢٦٢.
أما فقهاء الشريعة، فإن الأغلبية الكاسحة منهم تصر على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية – بل والفقه الإسلامى لدى معظمهم – لها قوة إلزامية ذاتية، وتتمتع بالمرتبة الأولى السامية فى تدرج القواعد القانونية على كافة قواعد القوانين الوضعية، وإن كانت تتدرج فيما بينها إلى عدة مراتب.

وهو الالتزام الذى يحول – فى تقديرنا كما سنوضح فيما بعد – أحكام الشريعة الإسلامية إلى مصدر رسمى للقانون وليس فقط مصدراً موضوعياً للتشريع. ومع ذلك فإنه فى كل الأحوال وتبعاً لكافة التفسيرات، فإن دلالة المادة الثانية من الدستور تؤدى إلى تقييد سلطة المشرع على الأقل بضرورة الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند سن التشريعات.

فالأصل أن للسلطة التشريعية حرية التقدير عندما تقوم بسن تشريع ما، ما لم يلزمها الدستور بمبادئ معينة، ولم تجر الدساتير الحديثة على إلزام السلطة التشريعية باستلهام قواعدها من مصدر بذاته، بل أطلقت يدها فى سن ما تراه ملائماً للمجتمع فى ضوء الظروف المحيطة بها، فيكون لها أن تستلهم هذه القواعد من الأعراف السائدة أو التشريعات المقارنة أو الاجتهادات الفقهية والقضائية أو مبادئ العدالة والقانون الطبيعى أو بطبيعة الحال من قواعد الشريعة والأديان السماوية غير القطعية، ويظل من حقها بعد ذلك الرجوع عنها وتعديلها والغائها واعتناق غيرها.

غير أن للمشرع الدستورى وهو ينشئ السلطة التشريعية ويحدد اختصاصاتها أن يلزمها بما يراه ملائماً من مبادئ وقيود، ومن ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة ١٢ من دستور ١٩٧١ فى مصر، بعد تعديلها عام ٢٠٠٧، من أن "يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها، والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة، وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية، والتراث التاريخى للشعب، والحقائق العلمية، والآداب العامة، وذلك فى حدود القانون. وتلتزم الدولة باتباع هذه المبادئ والتمكين لها ". فهذه الجملة الأخيرة – فى تقديرنا – تحول المبادئ المشار إليها فى نص المادة إلى مبادئ عامة للقانون تلتزم الدولة بسلطاتها العامة باتباعها والتمكين لها، فيلتزم المشرع بالأخذ بها أو على الأقل عدم مخالفتها، ويلتزم القاضى بتطبيقها فى حالة غياب النص أو مخالفته لها.

وإذ جاء المشرع الدستورى فى دستور ١٩٧١، ونص فى المادة الثانية منه – قبل تعديلها فى مايو ١٩٨٠ – على أن الشريعة الإسلامية "مصدر رئيسى للتشريع"، فإن هذا النص لم يكن يعنى فى تقديرنا سوى أن الشريعة الإسلامية هى أحد المصادر الرئيسية للتشريع، ومن ثم فإن المصادر الموضوعية للتشريع لم تعد متكافئة كما كانت قبلاً، وإنما أصبحت تتدرج فيما بينها إلى درجتين على الأقل: مصادر رئيسية ومصادر ثانوية أو فرعية. ومع ذلك فإن هذا النص جاء عديم الجدوى إذ أنه لم يشر إلى أية مصادر موضوعية أخرى رئيسة كانت أم فرعية.

وإذا كان جانب من الفقه لم يلحظ خلافاً جذرياً بين نص المادة الثانية المشار إليه قبل وبعد تعديله إلى "... ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع"(١)، إلا أننا نرى أن لهذا التعديل أثره القانونى الواضح والبالغ الأهمية. فهو من ناحية حول هذه المبادئ إلى مصدر رسمى للقانون كما سنبين فيما بعد، وهو من ناحية أخرى جعل لها الأولوية بين المصادر الموضوعية، ومن ثم يغدو المشرع ملزماً بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ابتداءً كلما هم بسن تشريع، فإن وجد فيها حكماً يتصل بموضوع هذا التشريع قننه، وإن لم يجد بحث عن ضالته فى غيرها من المصادر، وبالتالى لا يجوز لتشريع وضعى – لاحق لنفاذ تعديل هذا النص على الأقل – أن يخالف حكماً قطعياً من أحكام الشريعة الإسلامية أو أحد مبادئها القطعية وإلا كان هذا التشريع مشوباً بعيب مخالفة الدستور، لإغفاله مبادئ الشريعة الإسلامية وتقديم مصدر موضوعى ثانوى فرعى عليها وهى المصدر الرئيسى الأول بحكم الدستور.

---

(١) الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: الشريعة الإسلامية ... سالف الذكر – ص ١٦.
الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض: المرجع السابق – ص ١٩، وهو يرى أن وصف الدستور واحداً من المصادر الموضوعية – دون غيره – بأنه مصدر رئيسى، فقد دل بذلك على أنه يعتبره المصدر الرئيسى الوحيد، ولو قيل بغير ذلك لكان التخصيص عديم الجدوى.

وجدير بالإشارة أن تقرير اللجنة الخاصة التى أعدت مشروع تعديل المادة الثانية من الدستور وقدمته إلى مجلس الشعب فناقشه ووافق عليه فى ٣٠ أبريل ١٩٨٠، جاء به حول غايات التعديل المشار إليه بأنها "تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد فى الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية فى الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة والتى لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة ...".

ونلفت الانتباه فى هذا الصدد إلى أن هذا التقرير – وهو من الأعمال التحضيرية التى توضح وتفسر نية المشرع الدستورى – يأخذ بالتحديد الذى نعتنقه لمبادئ الشريعة الإسلامية والتمييز بينها وبين مصادر التشريع الإسلامى أو الفقه الإسلامى كما أشرنا من قبل وهى التى يشير إليها هذا التقرير بعبارة "المصادر الاجتهادية فى الشريعة الإسلامية"، بمعنى أن المشرع الدستورى لا يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية سوى الأحكام الصريحة فى الشريعة الإسلامية أى الأحكام القطعية ثبوتاً ودلالة أو المحكمة كما ورد فى سورة آل عمران على نحو ما سبق عرضه، وبالتالى فهى "أم الكتاب" إلى جانب ما ورد من أحكام قطعية فى السنة الصحيحة، وهى مصادر إلهية كما سبق وأوضحنا، أما غير ذلك من إجماع وقياس واستحسان ... فهى كما يقول التقرير مصادر اجتهادية لا تندرج فى مدلول مبادئ الشريعة الإسلامية، وإن كان ذلك لا يمنع المشرع من الالتجاء إليها ولكن بشرط ألا يجد فى الكتاب أو السنة حكماً صريحاً أو بالأحرى قطعياً.

فإذا لم يكن هناك نص فى الكتاب ولا السنة، لا قطعى ولا ظنى، فباب الاجتهاد يكون مفتوحاً على مصراعيه للمشرع، وله – دون أن يكون ملزماً بذلك – الرجوع إلى الثروة الفكرية الاجتهادية التى خلفها فقهاء الشريعة على

امتداد العصور واختلاف مذاهبهم، وهى توسعة على المشرع يفضل أن يستفيد بها تحقيقاً لروح الشريعة الإسلامية.

ولعل فى الإجماع والقياس – وهى من مصادر الشريعة غير المختلف عليها لدى البعض[1] – يجد المشرع ضالته. وإذا كان القياس لا خلاف فى تحديد مدلوله، إذ من المتفق عليه أنه يعنى أن هناك مسائل لم تدل الشريعة فيها بحكم، لكنها أوردت حكماً فى أمور تشابهها، فإذا ثبت اتحاد العلل والدواعى بين هذه المسائل، فإنه يمكن الأخذ بنفس الحكم ليطبق على المسائل التى لم يرد بشأنها الحكم قياساً على المسائل الأخرى التى ورد بشأنها الحكم. إذا كان القياس كذلك فإن الإجماع يحتاج إلى قليل من التوضيح.

فالإجماع اختلفت أقوال الفقهاء بصدد تعريفه، فهو عند الإمام الشافعى "ما يتفق عليه أهل العلم كافة فى مسالة ما ولا يختلف عليه أحد"، فى حين أنه عند البعض "اتفاق رأى الأكثرية". والواقع أنه لا خلاف فى حجية الإجماع، فإذا ما أجمعت أمة على اجتهاد أو قانون فإنه يلزم اتباعه، ولكن الاختلاف هو فى إمكانية وقوعه أو ثبوته.

ومما لا ريب فيه أن الإجماع قد وقع وثبت حدوثه فى عصر الصحابة والخلافة الراشدة، أما حينما اضطرب نظام المجتمع واتسعت الدولة، وتم الأخذ بنظام الشورى والاعتماد عليه، فإنه لم يعد هناك وسيلة للتحقق من وقوع الإجماع على وجه اليقين.

وفى تقديرنا أنه فى عالمنا المعاصر لم يعد من الممكن تصور وقوع الإجماع، واجتماع أهل الحل والعقد فى العالم الإسلامى كله على أمر واحد،

---

(١) دكتور عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية فى النظام الإسلامى ... الطبعة الأولى – ١٩٨٤ – ص ٢٣٤.
دكتور عجيل جاسم النشمي: المستشرقون ومصادر التشريع الإسلامى – الطبعة الأولى – ١٩٨٤ – ص ٣١.

فإن حدث هذا – وهو افتراض نظرى بحت – فلا شك فى أن إجماعهم يصبح قانوناً للعالم الإسلامى أجمع.

وبالرغم من ثبوت إجماع الصحابة فى عصر الخلفاء الراشدين، إلا أننا لا نعتبر أن لإجماعهم نفس ما لمبادئ الشريعة الإسلامية الواردة فى الكتاب والسنة من حجية وقوة ملزمة. صحيح أن رسول الله قد حثنا على ضرورة الاقتداء بأصحابه، وكثير منهم قد ارتقوا فى مدارج الكمال الخلقى إلى مراتب رفيعة بعيدة المنال، إلا أن التزامنا المعنوى باقتفاء آثار الصحابة ينصب بصورة خاصة على خلقهم وسلوكهم، على مثاليتهم الرفيعة وتسليمهم المطلق لمشيئة الله سبحانه وتعالى، أما شئون الحكم وإدارة الدولة وتنظيم المجتمع، فإن ما حققوه فى شأنها لم يقم على أحكام الشريعة وحدها، وإنما ساهمت فى تكوينه ضرورات زمانهم ومقتضيات عصرهم.

إن الأحكام التى تصدر عن الاجتهاد، بغض النظر عن عظمة الشخص الذى تصدر عنه، تظل مطبوعة بطابع البيئة التى نشأ فيها ذلك الشخص ومدى علمه، والعلم – وخاصة فى الأمور الاجتماعية والسياسية – لا يتأثر بخلق الإنسان وعظمته الشخصية بقدر تأثره بمجموع من الخبرات التاريخية التى عرفت حتى عصره. ومما لا شك فيه أننا نحن الذين نعيش وراء أربعة عشر قرناً تفصلنا عن عصر الصحابة نملك من الخبرات التاريخية – ولا فخر لنا فى ذلك – أكثر بكثير مما كان لديهم[1].

---

(١) راجع فى عرض هذا الاتجاه – محمد أسد: المرجع سالف الذكر – ٥٦: ٦٥ – ويلاحظ أن هذا العالم يصر بحق على الرجوع دوماً إلى القرآن والسنة، وإليهما دون غيرها من اجتهادات فقهية حتى يمكن صياغة مجار جديدة لتفكيرنا السياسى والاجتماعى بدلاً من الانجراف نحو الأفكار الغربية والنظم السياسية السائدة فى الغرب، ولنبعث ثقافتنا من جديد ونصون تراثنا العظيم من "ديدان العفن" التى بدأت تدب فى أوصاله، وأنه لكى نحقق هذا الغرض فلابد من أن نطرح جانباً هذا "الاتكال العقيم" على ما وصلت إليه الأجيال السابقة من فقهاء المسلمين من أحكام اجتهادية بدت لها فى زمنها "نهائية" وحاسمة فى الشئون الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وإنما لابد لنا من أن نبدأ فى=

والخلاصة أن المشرع ملتزم بأن تجئ تشريعاته متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية المستمدة بصورة قاطعة من الأدلة الكلية أى القرآن والسنة الصحيحة وإلا كانت باطلة لمخالفتها الدستور الذى يلزم المشرع بذلك باعتبارها ذات مرتبة إلزامية أعلى من مرتبة التشريع البرلمانى أو القانون، ويظل السؤال بعد ذلك عن مدى الالتزام بمقاصد الشريعة الإسلامية المستمدة من القواعد الأصولية ومن عموم الأدلة الشرعية التى لا اختلاف عليها، وهو ما نعرضه فى المبحث التالى.

المبحث الثانى

دور مقاصد الشريعة الإسلامية فى التشريع

إذا كانت مبادئ الشريعة الإسلامية على نحو ما سبق عرضه تمثل قيداً دستورياً على المشرع، بأن لا يخالف التشريع هذه المبادئ وهو أمر يتعلق بمضمون التشريع ومحتواه، أى بعنصر المحل فى هذا التشريع وفقاً للغة القانونية، فإنه من الجلى أن "مقاصد" الشريعة الإسلامية تتصل بوضوح بالغ بعنصر الغاية أو الغرض أو الهدف من هذا التشريع.

ومع ذلك فليس ثمة اتفاق بين علماء الدين على التمييز بين المبادئ والمقاصد، إذ يراهم البعض شيئاً واحداً، فيقول أحدهم وهو الدكتور الشحات الجندى أن المبادئ هى تعبير عما جاءت به الشريعة من مقاصد ومقومات

=اجتهادنا من جديد بأسلوب إبداعى خلاق على ضوء دراستنا الخاصة لمصادر الشريعة الأصلية، وهو ما سيؤدى من ناحية إلى أن الشريعة الإسلامية – ولا سيما بالنسبة للأحكام الاجتماعية – ستكتسب مرة أخرى صفة البساطة التى طبعها الله ورسوله عليها قبل أن تطمر تحت طبقات كثيفة من الاستنباطات والاستدلالات التقليدية الرائجة، كما أنه من ناحية أخرى فإن الدولة الإسلامية لا يلزم أن تتفق مع أية "سابقة تاريخية"، فكل ما نبغيه منها لكى تنال بحق صفة الدولة الإسلامية هو أن تدمج فى دستورها وأن تستهدى فى أعمالها تلك الأحكام الظاهرة المنصوص عليها فى القرآن والسنة، والتى لها علاقة مباشرة بحياة المجتمع السياسية، وهى أحكام قليلة محكمة الصياغة لا يلابسها غموض، وهى ذات طبيعة مرنة تسمح لها بالحياة والعمل فى كل الأزمنة وفى كل الظروف الاجتماعية. المرجع السابق – ص ٤٠: ٤٢.

أساسية صالحة لكل زمان ومكان، مثل مبدأ الشورى والمساواة والعدل والوحدة، وهى مقررة بنصوص صريحة وقطعية، بينما يميز البعض الآخر من الفقهاء الأصوليين بينها، إذ المقاصد لديهم هى الغاية التى من أجلها وضعت أحكام الشرع، أو هى المعانى والأهداف الملحوظة للشرع فى جميع أو معظم أحكامه[1]. كما أن جانب من الفقهاء يربط بين المقاصد والمصلحة، أو بينها وبين الحكمة المقصودة بالشريعة من الشارع، وفى تقديرنا أن مقاصد الشريعة هى كما عرفها الفقيه المغربى علال الفاسى "الغاية منها، والأسرار التى وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"، فهى لدى الغالبية المعاصرة من الفقهاء، جملة الغايات الأساسية والأهداف الكبرى التى بينتها الشريعة وتضافرت الأدلة فى جملتها على تأكيدها وما يندرج تحتها من معانى.

وقد تلاقى الفقه الإسلامى على أن المقاصد العامة للشريعة، وهى المقاصد الضرورية التى تمثل الضابط العام للتشريع الإسلامى إنما تتبدى فى حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وذلك إلى جانب بعض المقاصد الخاصة التى تتعلق بباب معين أو أبواب معينة من أبواب المعاملات مثل مقاصد النظام السياسى، ومقاصد القضاء والشهادة، وعلى سبيل المثال فإن تطبيق الشريعة الإسلامية بين أفراد المجتمع، هو من مقاصد النظام السياسى الإسلامى، كما أن إقامة العدل والإحسان هو من مقاصد القضاء التى لا يمارى فيها أحد، فالعدل أصل من أصول الحياة، والقرآن الكريم يدعو إلى تحرى العدل حتى مع أولئك الذين نكرههم، مما مفاده ضرورة تنحية العواطف عندما يتعلق الأمر بتطبيق العدل، لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط، ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا، أعدلوا هو أقرب للتقوى،

---

(١) راجع فى هذا الموضوع:
محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية – ١٩٤٧.
علال الفاسى: المقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها – ١٩٦٣.
الدكتور محمد كمال أمام: الدليل الإرشادى إلى مقاصد الشريعة الإسلامية – ٢٠٠٧.

واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون" – المائدة: آية ٨، وكذلك الأمر بشأن الحرية والمساواة باعتبارها من مقاصد النظام السياسى.

ومن الثابت فقهاً أن تحديد المقاصد العامة والخاصة، الكلية والفرعية، هو اجتهاد بشرى قابل للتعديل والحذف والإضافة، لذا فإن مجالها الطبيعى يتمثل فى الأحكام الظنية وفى إطار الاجتهاد البشرى، سيما اجتهاد ولى الأمر لأنه ملزم وواجب الطاعة، دون أن يمنع ذلك من وقوع التنازع أو الاختلاف معه، وهو اجتهاد الأصل فيه أنه يسعى إلى تحقيق مقاصد التشريع، ولذلك فإن اجتهاد ولى الأمر يمكن أن يؤدى إلى الاختلاف فى الرأى عكس اجتهاد الفقيه فهو إلى جانب أنه غير ملزم لأحد، إلا أنه قد يؤدى أحياناً إلى التعصب والفرقة بين المسلمين، أما الأحكام القطعية فلا يجوز استبعاد أى منها تحت مزاعم ترجيح أحد المقاصد.

وتمثل القاعدة الفقهية "الأمور بمقاصدها" الأساس الرئيسى لنظرية المقاصد الشرعية إلى جانب مبدأ "جلب المصلحة ودرء المفاسد" وهو من المبادئ العامة للشريعة الإسلامية مثل مبادئ لا ضرر ولا ضرار، واليقين لا يزول بالشك، والمشقة تجلب التيسير، والضرورات تبيح المحظورات، وهى مبادئ تحكم كما سبق القول التشريع أو بالأحرى المشرع فى الدولة الإسلامية المدنية بطبيعتها، إذ لا تتحقق مبادئ ومقاصد الشريعة الإسلامية فى مجتمع تحكمه سلطة دينية تسعى إلى تحقيق أهدافها السياسية من خلال الإدعاء بأنهم ينطقون باسم الله أو أنهم مبعوثين من لدنه أو مفوضين منه، ومن ثم يزعم صاحب السلطة الدينية – فرداً كان أو مجموعة أو طائفة أو حزباً أو فئة – أن له الحق فى التدخل فى ضمائر الناس والرقابة عليها ومعاقبتها وتكفيرها، فقد أتى الإسلام بأحكامه ومبادئه ومقاصده ليحارب هذا النمط من السلطة الذى كان سائداً فى الدول الأوروبية المسيحية، ويخلص البشرية من شروره، ويفتح الطريق لتكوين مجتمع حر يهيئ للأفراد والجماعات الازدهار والتقدم والنمو

فى وعيهم وعقولهم وأنفسهم وأموالهم ونسلهم، علاوة على التفتح الروحى والعقائدى بمحض اختيارهم، ومن هنا بات من بديهيات الشريعة الإسلامية وأولياتها نقض السلطة الدينية وتقويض أركانها وتجفيف منابعها، وتحرير العقل من كل قيد يؤدى إلى الأمية والخرافة والتقليد، داعية – أى الشريعة – لإطلاق حرية التفكير وإعمال العقل باعتباره النعمة الكبرى التى أنعم الله بها على الإنسان، فجعلت التفكير فريضة إسلامية المقصر فيها كالمقصر فى الصلاة أو الزكاة وسائر فرائض الإسلام، ولذلك فإن التكوين الأنسب لتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية هو المجتمع المدنى على غرار المجتمع الذى وضع الرسول نواته فى المدينة المنورة[1]، وهو ما يمكن إثباته من خلال إطلالة سريعة على مدلول مقاصد التشريع الإسلامى المتفق عليها وهى:

١- حفظ الدين، وهو حق لله تعالى على خلاف المقاصد الأخرى التى تتعلق بحقوق البشر، ومقتضاه المحافظة على التوحيد وهو أساس الإسلام، كما أنه يحفظ كذلك مبدأ عدم الإكراه فى الدين ومن ثم حرية العقيدة ويمنع الافتراء على الله كذباً ونسبة الظلم إليه وتحمل أخطاء البشر من الحكام وأولى الأمر تحت مزاعم تطبيق الشريعة الإسلامية، ويجيز للأفراد التنازع معهم لردهم إلى جادة الصواب ويجعل أمرهم فى مسائل التشريع شورى بينهم، فى مقابل أن

(١) نشير فى هذا الصدد إلى أن المجتمع الإسلامى المدنى قد تمت إقامته بمقتضى "صحيفة المدينة" التى وضعت فى العام الهجرى الأول فى صورة اتفاق أو عقد اجتماعى بين الرسول الكريم وبين المسلمين واليهود والمشركين من أهل يثرب، فى صياغة دستورية محكمة بلغ عدد مواده اثنين وخمسين مادة، نظمت القواعد الأساسية لدولة المدينة التى تقوم على التساوى فى المواطنة وحقوقها وواجباتها، وتحكم بالشورى وتقرر بالتعددية الدينية والتمايز بين أفراد المجتمع الواحد فى المعتقد الدينى، فلم تكن هذه الدولة "دولة دينية" رغم أن حاكمها وهو النبى ﷺ قد جمع بين "الولاية الزمنية" والنبوة والرسالة التى لم تكن قد اكتملت بعد، مما يؤكد أن هذا الدستور قد تميز عن القرآن، وإن لم يخالف روحه ومبادئه أو مقاصده وغاياته، فإذا كانت هذه الدولة الإسلامية الأولى قد اقترن تأسيسها بالدستور المكتوب، فهل يليق بنا أن يحكمنا الاستبداد والطاغوت متحللاً من ضوابط الدستور قولاً وعملاً؟.

تكون مسائل الحكم والإدارة لولى الأمر بعد مشاورة أهل الرأى والشورى، فإذا عزم واتخذ القرار فليتوكل على الله ويتحمل مسئولية قراره وتبعاته.

٢- حفظ النفس والحياة، وهو تكريس للحق فى سلامة الجسد والعرض والحق فى السعى لحياة حرة كريمة تقوم على المساواة وحماية الفطرة الإنسانية وضمان حرية إرادتها، نزولاً على قوله تعالى "فطرة الله التى فطر الناس عليها، لا تبديل لخلق الله" – الروم: ٣٠، وقوله "ولقد كرمنا بنى آدم" – الإسراء: ٧٠، وبالتالى فإن المحافظة على السمع والبصر والفؤاد، وعلى حقنا في سلامة الجسد والعرض في كل الأحوال والظروف، وخاصة في الأماكن العامة مثل الطرق والحدائق بل وفى السجون والمعتقلات هى من الحقوق الطبيعية أو الفطرية المرتبطة بطبيعة الإنسان، والتى تكفلها مقاصد الشريعة الإسلامية.

٣- حفظ العقل، وهو من أهم المقاصد الشرعية التى تعنى استخدام قوانا العقلية لتنمية قدراتنا فى التمييز بين الصواب والخطأ والحرام والحلال وممارسة حرية التفكير والتدبر والتأمل ، فقد تعددت الآيات الصريحة قطعية الدلالة التى تحث على التأمل والتفكر والنظر العلمى فى مخلوقات الله تعالى، وحفظ العقل – وغيره من المقاصد – يوجب حمايته ورعايته ولن يتأتى ذلك إلا بالممارسة الفكرية وإعمال العقل فى الاختيار فى المجالات الرحبة التى تركها الله تعالى للإنسان – وهى الأوسع نطاقاً – ليبدع فيها حلوله التى توائمه وتناسبه وتتوافق مع ظروفه، ولا ريب فى أن مجرد تصور الإنسان بأن لا أحد فى الكون سوى الله يحق له التحكم فى خياراته، يولد لديه – أى الإنسان – طاقة هائلة على الفعل والإبداع، ومن ثم تتنافر مع هذا المقصد الكوابح والمعوقات والموانع التى ينصبها طغيان بعض البشر على البعض الآخر، ولذلك يذخر الخطاب القرآنى بمفردات الحرية باعتبارها الشرط الأول والرئيسى للتوحيد، غير أنه – للأسف الشديد – أصاب الإسلام طمع بعض رجال الدين الإسلامى

الذين أرادوا الجمع بين الدعوة وولاية الأمر أى السلطة لأسباب شتى أدت إلى فساد السياسة بينهم وبين المسلمين عامة، فحرصوا على تحويل المسلمين من مواطنين إلى رعايا مقلدين تابعين لا يرون إلا ما يرى ولاتهم، خاضعين لأفكارهم التى يحكمها فقط السعى الدؤوب إلى السلطة وتولى الحكم وولاية الأمر فى الدولة، وعدم السماح بالاعتراض على تصرفاتهم، ورفض كل مساءلة وتحصين أعمالهم وقراراتهم من احتمال التنازع معهم، فأفرغوا الإسلام من جوهره ومقاصده لينتقوا من تعاليمه ما يدعم موقفهم، حتى لو تطلب هذا الانتقاء الانحراف بالدلالة عن المقصد، وهو الأمر الذى تقوده بعض المذاهب التى تؤمن بولاية الفقيه أو بوجوب السمع والطاعة أو الدعوة إلى الدولة الدينية مما يقضى تماماً على مقتضيات مقاصد الشريعة التى من خلالها تتحقق الدولة المدنية كما أشرنا سلفاً، وفيها يتم كبح جماح سلطة الدولة ومنعها من التغول على الحقوق والحريات لأفراد المجتمع، وضمان مشاركتهم فى مراقبة السلطة الحاكمة فى مختلف مستوياتها ومحاسبتها على أدائها دون خشية أو خوف، وبالتالى حماية المجتمع بضمان أمنه واستقراره وتقدمه، فإذا وقع الاختلاف بين طوائف المجتمع فى تحديد ما يعد مصلحة أو مفسدة، أو فى اختيار أمثل الطرق لدرء لمفاسد وجلب المصالح، فإن من شأن إعمال العقل تحقيق التوافق بينها وتقليص التباين والتنافر وإعلاء المصلحة العامة التى قصدها الشارع لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم.

٤- حفظ النسل، وهو مقصد يتطلب تربية أطفال المسلمين وفقاً لقواعد وأسس سليمة تحافظ عليهم، ولذلك يكون للمؤسسات الدينية والسياسية وظيفة تربوية مهمة ويتعين على الدعاة والقادة السياسيين أن يكونوا قدوة حسنة للنشء وأن يتحلوا بالخلق القويم، ولا شك فى أن النهج الاستبدادى للسياسيين ورجال الدين سيعلم الأولاد الصغار السكوت عن الظلم والطغيان، وعندما يتولون القيادة فلن نتوقع منهم سوى الديكتاتورية والتعسف والطاغوت، أما إذا نشأوا

على مكارم الأخلاق وعلى مبادئ المساواة والشورى والديمقراطية واحترام حقوق الإنسان، فسوف تنتشر هذه القيم والمبادئ فى شتى المجالات فتنهض الأمة وتتبوأ مكانة سامية برقيها وتحضرها.

٥- حفظ المال، ينبئنا التاريخ الفقهى الإسلامى بأن العقل كان منفعلاً فى الماضى بقضايا محددة معظمها قضايا سياسية واجتماعية، بعضها فقد صلاحيته كموضوع الرق، وبعضها الآخر أفاض الفقهاء فى بحثه دون مبرر معقول كالمسائل المتعلقة بشئون المرأة، فلم يتطرق الفقه إلا قليلاً للمسائل الاقتصادية الأكثر حيوية كالتنمية وحرية الاستثمار وكفالة التملك والإغناء والإثمار وضوابط التبادل التجارى وطبيعة القوى التى أمرنا سبحانه وتعالى بإعدادها لمواجهة أعداء الإسلام وهل تقتصر على القوة العسكرية أم تتجاوزها إلى مظاهر أخرى للقوة وعلى رأسها القوة الاقتصادية، ومن الملاحظ على سبيل المثال أن تحديد مدلول الربا والتعامل مع الآيات التى تحرمه ودلالاتها لم يتم حسمها حتى اليوم رغم أهمية الاجتهاد فى شأنها بحثاً عن حلول إبداعية تتوافق مع قضايا الاقتصاد والاستثمار والتنمية، وهو ما يفرضه هذا المقصد الحيوى فى حياة الشعوب فى الوقت الراهن.

وهكذا يتبين لنا أن مقاصد التشريع الإسلامى من شأنها تحقيق الدولة المدنية الديمقراطية[1]، وتوفر الأساس الشرعى لكفالة حقوق الإنسان الطبيعية

(١) يتلاقى الفقه على أن الدولة المدنية تتحقق عندما يختار أفراد الشعب ولاة أمرة من الحكام (الحاكم وأعضاء السلطة التشريعية) حيث لا يسوغ أن يكون مصير الدولة وشعبها فى يد فرد واحد، فالجميع يتمتعون على قدم المساواة بحق المواطنة ومباشرة الحقوق والحريات دون تمييز، كما أن جميع السلطات والحكام وولاة الأمر يخضعون للمراجعة والمساءلة ، وعلى العكس من ذلك فإن الدولة الدينية هى الدولة التى يدعى القائمون عليها أن اختيارهم وبقائهم فى السلطة هو اختيار من الله، وأنهم يمثلون إرادته سبحانه وتعالى، وبالتالى فإنهم لاينطقون عن الهوى، ولكنهم مفوضون عن الله وخلفائه فى الأرض، ومن ثم لايرد لهم أمر أو تصرف أو قرار، وعصيانه لا يعد خروجاً على الطاعة فحسب، ولكنه يعتبر خروجاً من الملة وتحدياً لإرادة الله والعياذ بالله، وهو ما لم يجرؤ على الإدعاء به أحداً من حكام المسلمين منذ انقطاع الوحى عن النبى محمد عليه الصلاة والسلام.

وحمايتها، مما يجعلنا نؤمن بوجوب التزام المشرع بالنزول على مقتضياتها عند سن تشريعاته، ولتكون هذه المقاصد مع مبادئ الشريعة الإسلامية المعين والمصدر الموضوعى الرئيسى للتشريع، بل ومصدراً رسمياً للقانون باعتبارها من المبادئ القانونية العامة، إذا تحقق بشأنها شرطى قطعية الثبوت وقطعية الدلالة، على نحو ما سنوضحه فى الفصل التالى.

الفصل الثالث

أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمي للقانون

لا شك أن قراءة نص المادة الثانية من الدستور والتى تقضى فى فقرتها الأخيرة بأن "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع"، يعطى للوهلة الأولى الانطباع بأن المشرع اعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً موضوعياً رئيسياً للتشريع بل والمصدر الموضوعى الرئيسى له، ويدل على ذلك أن المشرع الدستورى اعتبر مبادئ الشريعة مصدراً للتشريع وليس للقانون، فإذا كان التشريع ذاته هو أحد المصادر الرسمية للقانون، فإن دلالة النص المشار إليه تعنى إذن أن الشريعة الإسلامية مصدر موضوعى للتشريع، وليست مصدراً رسمياً للقانون.

وهنا يثور التساؤل عن أوجه الاختلاف بين المصادر الموضوعية للتشريع والمصادر الرسمية للقانون والمميز الحقيقى بينهما، وهل يمكن للمصدر الموضوعى أن يكون مصدراً رسمياً أم لا؟.

فى الواقع من الملاحظ أن المصادر الموضوعية للتشريع من الجائز جداً أن تتحول إلى مصادر رسمية للقانون، فالمصادر الموضوعية كحقائق كامنة فى ضمير الجماعة، من الممكن فى كثير من الأحوال أن تكون قابلة للتطبيق المباشر كقواعد قانونية عامة مجردة، وكل ما ينقصها أن يتوافر فيها عنصر الإلزام، وهو ما يتحقق إذا أخذ المشرع بهذه الحقائق وأتم صياغتها صياغة قانونية أو بالأحرى قام بتقنينها، ومن ثم حولها إلى قواعد تشريعية، كما أنها تتحقق كذلك إذا أقر القضاء باعتبارها من المبادئ العامة للقانون وكشف عن استقرارها فى ضمير الجماعة باعتبارها قواعد قانونية أساسية تعكس مقومات المجتمع العليا، أو على الأقل باعتبارها قواعد عرفية ملزمة لمن تعارف عليها من أفراد أو سلطات فى المجتمع.

وعليه فإن المصادر الموضوعية تتحول إلى مصادر رسمية إذا توافر لها عنصر الإلزام إما عن طريق المشرع (التشريع) من خلال عملية التقنين أو العرف (القواعد العرفية) أو القضاء (المبادئ العامة للقانون)،ومن ثم فإنه إذا توافر عنصر الإلزام فى بعض الأحكام أو القواعد التى تندرج فى مدلول المصادر الموضوعية، تعين الاعتراف لها بصفة المصدر الرسمى. وبالتالى نتناول بالدراسة فيما يلى مدى تمتع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية بالقوة الإلزامية مثل القواعد القانونية، ومدى قابلية هذه القواعد للتقنين.

المبحث الأول
التزام السلطات العامة
بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية

إذا كانت مبادئ الشريعة الإسلامية من المصادر الموضوعية باعتراف المشرع الدستورى، فهل هى مصادر رسمية كذلك وفقاً للدستور المصرى؟ وهل يمكن لبعض المبادئ أو القواعد أو الأحكام أن تكون مصدراً موضوعياً للتشريع ومصدراً رسمياً للقانون فى نفس الوقت؟.

نبدأ بالإجابة على السؤال الأخير فنشير إلى أن المشرع له حرية تقدير واسعة فى اختيار المصادر الموضوعية التى يستلهم منها ما يسنه من تشريعات وذلك كقاعدة عامة، ما لم يتدخل المشرع الدستورى ويقيد هذه الحرية بما يراه لازماً من قيود تحقيقاً للصالح العام، وهو ما قرره المشرع الدستورى فى مصر فى المادة الثانية المشار إليها.

واختيار المشرع للمصادر الموضوعية للتشريع لا يعنى أنه لا يستطيع الالتجاء للمصادر الرسمية للقانون – خلاف التشريع – فمن الثابت أن المشرع فى كثير من الأحيان يستقى ما يسنه من تشريعات من القواعد العرفية السارية فى المجتمع، وفى هذه الحالة فإن المشرع يرتقى بهذه القواعد العرفية ويحولها

إلى قواعد تشريعية، تتمتع بالتالى بقوة القانون فلا يجوز لعرف لاحق أن ينسخها وفقاً لمقتضيات مبدأ المشروعية وتدرج القواعد القانونية.

وكذلك الحال بالنسبة للمبادئ العامة للقانون، فإن المشرع – بل من الواجب عليه – أن يستقى منها ويستلهم من أحكامها قواعد التشريع، فإن فعل ذلك فلا تثور أدنى مشكلة بصدد تدرج القواعد القانونية، حيث أن التشريع فى هذه الحالة لم يخالف تلك المبادئ، أما إذا فعل عكس ذلك فإن ما يسنه من تشريعات مخالفة للمبادئ العامة للقانون تكون باطلة لمخالفتها مبدأ المشروعية ومقتضيات تدرج القواعد القانونية، حيث تتمتع المبادئ العامة للقانون وفقاً للرأى الراجح لدينا بقوة إلزامية أعلى من قوة القانون على نحو ما أشرنا إليه سلفاً.

المهم إذن أن استلهام المشرع لأحد المبادئ أو الأحكام لا يعنى أن هذا المبدأ أو الحكم إنما هو من المصادر الموضوعية فقط، إذ أن ذلك لا ينفى – وإن لم يؤكد فى ذات الوقت – أن هذا المبدأ أو الحكم هو فى الأصل من المصادر الرسمية للقانون، إذ يلزم ليكون كذلك أن يتوافر بشأنه من الأصل عنصر الإلزام.

وهنا نعود للسؤال الأساسى: هل يتوافر عنصر الإلزام فى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية؟. وهنا لا نتردد فى الإجابة بنعم، وهو ما يؤدى بنا إلى الاعتراف لمبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها القطعية على نحو ما سبق تحديده بقوة إلزامية ذاتية وفقاً للدستور فى مصر.

وقبل أن نبرر ذلك، نشير إلى أن المشرع الدستورى فى مصر يعترف صراحة بصدد بعض الموضوعات، بأن الشريعة الإسلامية تعد مصدراً رسمياً بل ويتمتع بقوة إلزامية أعلى من القانون، إذا اتصلت بهذه الموضوعات، وهو الأمر الذى يستفاد من نص المادة ١١ من دستور ١٩٧١ والتى تقضى بأن "تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها فى المجتمع

ومساواتها بالرجل فى ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية، دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية"، بما يعنى أن الدولة بسلطاتها الثلاثة لا تستطيع أن تخرج على أحكام الشريعة الإسلامية القطعية فى الموضوعات المشار إليها فى هذا النص، وإلا كان عملها المخالف – سواء كان تشريعاً أو عملاً إدارياً أو حكماً قضائياً – باطلاً لمخالفة الدستور بسبب الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية التى تتمتع فى هذه الحالة بقوة إلزامية أعلى من القانون إذا اتصلت بتلك الموضوعات.

إذن فليس غريباً أن تكون أحكام الشريعة مصدراً رسمياً للقانون، وفى ذات الوقت تكون المصدر الموضوعى الرئيسى للتشريع وفقاً لأحكام الدستور.

ولا ريب فى أن أحكام الشريعة الإسلامية القطعية يتوافر بشأنها خصائص القاعدة القانونية القابلة للتطبيق المباشر، فهى فى جملتها أحكام محددة منصوص عليها فى القرآن والسنة، وهى لا تحتمل التأويل أو التفسيرات المتناقضة، بل ولا تحتاج إلى تفسير على الإطلاق، لأن ألفاظها فى غاية الوضوح لا يعتورها غموض أو إبهام[1]، فغالبيتها العظمى وردت فى آيات محكمات من القرآن، فتعد كما أوضحنا سلفاً من "أم الكتاب"، فإذا تم فهمها فى صورتها الحقيقية البسيطة الميسرة، فإنها فى واقع الأمر إنما تتمثل فى مجموعة من الأوامر والنواهى الواردة فى عبارات جلية واضحة فى القرآن والسنة الصحيحة، يسهل فهمها والاهتداء بها والالتزام بتطبيقها، أما ذلك البنيان الهائل من الاستنتاجات والاستدلالات والاستنباطات والتأويلات المختلفة بل والمتناقضة أحياناً، والتى استحدثها العلماء والمدارس الفقهية المتنوعة منذ أكثر من ألف عام مضى، فهى جميعاً من ثمرات الاجتهاد الذى تأثر بالأحوال السائدة

(١) محمد أسد: المرجع السابق – ص ٣٥.

فى أزمنة تختلف كل الاختلاف عن زماننا الحالى، ومن ثم فإنها لا يمكن أن تتلاءم مع حاجات العصر ومقتضياته(١).

أما مبادئ ومقاصد الشريعة الإسلامية فهى ولئن تمتعت بصفة الإلزام تجاه المشرع وفقاً لنص المادة الثانية من الدستور، إلا أن ذلك لا ينفى صفتها الإلزامية تجاه القاضى أيضاً بوصفها من المبادئ العامة للقانون، فبالإضافة إلى ما سبق وذكرناه فى التمهيد لهذا الباب، من تأصل إيمان المسلمين وشعورهم الأكيد بأن المسلم إذا لم يتبع الشريعة الإسلامية، كان إدعاؤه الإسلام باطلاً لا معنى له، إذ الإسلام لا يقبل أبداً أن يعلن الإنسان إيمانه بالله رب العالمين، ثم يخالف ما أمر به الله فى شأن تصريف أمور حياته، وهو ما يؤكد تماماً توافر

---

(١) ولذلك فإننا نؤيد باقتناع تام ما نادى به بعض فقهاء الشريعة وعلماء الدين من العودة بالشريعة الإسلامية إلى أصلها الطبيعى الخالى من كل إضافة، أى إلى نصوص القرآن والسنة وحدها، تلك النصوص الظاهرة التى لا يشوبها غموض، فهى الطريقة الوحيدة أمام المسلمين ليستردوا من جديد ذلك الفهم المستنير للفكرة الإسلامية، ويتخلصوا من هذا الجمود الثقافى والانحطاط الفكرى اللذين أصاباهم، ويطرحوا جانباً هذا الأسلوب الآلى فى التفكير الدينى الذى ألحق بهم أبلغ الأذى وأفدح الكوارث، وأن يجعلوا من الشريعة نظاماً حياً فعالاً للدولة الإسلامية.

ولا يخفى على أحد فى هذا الصدد أن العودة بالفكر الإسلامى إلى ما كان عليه من انطلاق ومرونة، سوف يكون عملاً شاقاً مؤلماً لكثيرين من أمتنا، لأن ذلك العمل سيتطلب تغييراً جذرياً فى كثير من أساليب التفكير التى أعتاد عليها المسلمون خلال عصور التاريخ، ويتطلب نبذ أو تغيير الكثير من العادات والأعراف الاجتماعية التى اكتسبت طابع "القداسة" على مر السنين، ويتطلب أيضاً التخلى عن الاعتقاد الساذج بأن كل صغيرة وكبيرة قد بت فيها نهائياً فى هذا المؤلف أو ذاك من مؤلفات الفقهاء المتقدمين. إن هذه الوسيلة الوحيدة التى سيصعد بها المسلمون فى معارج الرقى والسير نحو آفاق جديدة مشرقة لم تطرق من قبل، ومستقبل العالم الإسلامى يتطلب منا ألا نسمح مطلقاً لهؤلاء الذين اصطنعوا من انقيادهم الأعمى لآراء الفقهاء الكبار المتقدمين نوعاً من الحقوق المكتسبة اختصوا بها من دون الناس، وصوروا تهيبهم للبحث العلمى فى المشاكل الفكرية والاجتماعية، وقصر باعهم فيها على أنه فضيلة يتيهون بها ويعتزون، أن يعوقوا التقدم نحو العمل على رفعة الإسلام ولا شئ غير الإسلام.

راجع محمد أسد: المرجع السابق – ص ١٧٤: ١٨٩.

عنصر الإلزام لدى المسلمين كأفراد يعيشون فى مجتمع ما، فإن عنصر الإلزام يتوافر كذلك بالنسبة للسلطات العامة فى الدولة.

فمن الثابت أنه وفقاً للتعديل الذى أجرى على المادة الثانية من دستور ١٩٧١، حيث أصبحت "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع"، فإن المشرع فى مصر أصبح ملتزماً باتباع أحكام الشريعة الإسلامية فى كل ما يسنه من تشريعات[١].

فالواضح أن وصف مبادئ الشريعة بالمصدر الرئيسى، هو تأكيد – أو على الأقل اعتراف – بأن هذه المبادئ قد غدت ملزمة للمشرع، بحيث لم يعد حراً فى الأخذ عن مصدر آخر فى أى أمر واجهته الشريعة بحكم، ومن ثم يجب على التشريع أن يكون متفقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وإلا عد مخالفاً

---

(١) ومن الجدير بالإشارة أن بعض الدول ممن تنص دساتيرها على أن مبادئ الشريعة الإسلامية "مصدر رئيسى للتشريع" وليس "المصدر الرئيسى للتشريع" قد رتب فيها المشرع صراحة هذا الأثر القانونى الخطير، ففى دولة الإمارات العربية المتحدة، تنص المادة السابعة من دستور ١٩٧١ الحالى بها على أن "الإسلام هو الدين الرسمى للاتحاد، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع فيه ..."، ورغم أن النص – فى تقديرنا – وإن كان يحمل التوجيه إلى المشرع باستلهام أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه لا يمنعه – أى المشرع – من استحداث تشريعات من مصادر أخرى. ومع ذلك فإن المشرع فى دولة الإمارات رأى أن النص يعنى الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم لم يتردد فى النص فى القانون الاتحادى رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ فى شأن المحكمة الاتحادية العليا – والتى تمثل قمة القضاء هناك وتختص بممارسة ولاية الرقابة على دستورية القوانين -، على أن "تطبق المحكمة العليا أحكام الشريعة الإسلامية، والقوانين الاتحادية وغيرها من القوانين المعمول بها فى الإمارات الأعضاء فى الاتحاد المتفقة مع الشريعة الإسلامية، كما تطبق ما لا يتعارض مع أحكام تلك الشريعة من قواعد العرف ومبادئ القانون الطبيعى والقانون المقارن"، ومن الجلى وفقاً لهذا النص أن المشرع يعترف بأن أحكام الشريعة الإسلامية هى مصدر رسمى للقانون، وهى مصدر مستقل للقانون، وهى فى تدرج القواعد القانونية تحتل مرتبة أسمى من القوانين الاتحادية والمحلية حيث يلزم أن تكون "متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية"، ثم يلى القوانين قواعد العرف ومبادئ القانون الطبيعى والقانون المقارن بشرط "ألا تتعارض مع أحكام تلك الشريعة".

للدستور. وفى هذا الصدد لا مجال للظن بأن النص الدستورى قد ورد مورد الإرشاد والتوجيه، وأنه لم يقصد به الإلزام والوجوب، فهذا الظن ينفيه من جهة أن نصوص الدستور بطبيعتها لا تحمل هذا المحمل إلا بقرينة، كما أن عبارة النص وسياقه من جهة أخرى يقطعان الطريق على مثل هذه المحاولة[1].

ومما لا سبيل إلى الريب فيه، أن مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة للمشرع سواء تمثل فى السلطة التشريعية أم السلطة التنفيذية، فلقد جرى العرف – فيما جرت عليه لغة رجال القانون – أن كلمة "التشريع" حين تذكر دون وصف آخر إنما تعنى التشريع الصادر من السلطة التشريعية، أى القوانين العادية[2]. ولما كانت التشريعات الفرعية أو بالأحرى اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية هى فى مرتبة أدنى من مرتبة القانون فى تدرج القواعد القانونية، أو على الأكثر لها قوة القانون إذا صدرت إبان قيام حالة الضرورة، فإنه بمقتضى تدرج القواعد القانونية ونتائجه، تلتزم السلطة اللائحية بأحكام الشريعة الإسلامية التزامها بأحكام الدستور والقوانين.

ووفقاً لما تقدم اضطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن "ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية – بعد تعديلها فى سنة ١٩٨٠ – من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه فى تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل، فلا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الاجتهاد فيها

---

(١) الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض: المرجع السابق- ص ٢٩.

(٢) الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: الشريعة الإسلامية ... سالف الذكر – ص ٢٣.
وهو يرى أن نص المادة الثانية من الدستور، يعد بمثابة خطوة تمهيدية للنص مستقبلاً على أن تكون الشريعة مصدراً رئيسياً للدستور نزولاً على مقتضيات بل ضرورات التنسيق والانسجام بين التشريع الأساسى للدولة (وهو الدستور) والتشريعات العادية (القوانين).

ممتنعاً لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلاً ... وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية، إذ هى إطارها العام وركائزها الأصلية التى تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإنكاراً لما علم من الدين بالضرورة، ولا ينطبق ذلك على الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو دلالتها أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها ... على أن يكون الاجتهاد دوماً ... كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال"[1].

ومن ناحية أخرى، فإن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ليس مفروضاً على المشرع وحده، ولكنه مفروض على القاضى أيضاً[2]. فإذا كان القاضى يلتزم أصلاً بإرادة المشرع وهى إرادة بدورها ملزمة باتباع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، فمن باب أولى يكون القاضى كذلك. يؤكد ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية – فى تقديرنا – هى من المبادئ العامة للقانون فى مصر، ومن ثم فهى من مصادر القانون الملزمة للقاضى، خاصة وأن دور القاضى فى الكشف عنها أمر جلى، مما جعل القضاء مصدراً للقانون بما يقره من تلك المبادئ.

وقد أشارت المحكمة العليا إلى ذلك بطريق غير مباشر فى حكمها الصادر أول مارس ١٩٧٥، حيث قضت بأنه "... متى اقتضت موجبات النظام العام فى البلاد والذى يستمد حدوده أساساً من الشريعة الإسلامية حظر المحافل

(١) حكمها فى ٢٠٠٧/٧/١ القضية ٧٠ لسنة ٢٢ق. دستورية، المجموعة الجزء (١٢) المجلد الأول ص ٥٨٠.
(٢) الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق – ص ٢٦٢.

البهائية ووقف نشاطها، فلا تثريب على هذا الحظر ولا تنافر بينه وبين الإعلان العالمى لحقوق الإنسان"[1].

وتعترف المحكمة العليا بما لمبادئ الشريعة الإسلامية من قوة إلزامية تجاه المشرع حيث تقول أن "للشارع – بما له من سلطان – أن يجمع الناس على رأى واحد ... كى ينزل الجميع على حكمه ويأثم من يخالفه، لأن طاعة ولى الأمر واجبة **فيما ليس فيه مخالفة للشرع ولا معصية** ..." [2].

بيد أن المحكمة الدستورية العليا فى تحديدها لمدى التزام المشرع بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، قضت بأن "سلطة التشريع اعتباراً من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠، أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وبحيث لا تخرج – فى الوقت ذاته – عن الضوابط والقيود التى تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع فى صدد الممارسة التشريعية ... لما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك فلا يتأتى انفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلاً من قبله، أى فى وقت لم يكن

---

(١) حكمها فى الدعوى رقم ٧ لسنة ٢ق عليا دستورية، المجموعة – القسم الأول – ص ٢٢٨.

(٢) حكمها فى ١٩٧٦/٧/٣ فى الدعوى ١٠ لسنة ٥ ق عليا دستورية، المجموعة – القسم الأول – ص ٤٣٢.

القيد المتضمن هذا الإلزام قائماً واجب الأعمال، ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن إعمال هذا القيد، وهو مناط الرقابة الدستورية ....."[1].

وبذلك تكون المحكمة الدستورية العليا قد اعترفت بأن تعديل المادة الثانية من الدستور لتكون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع، من شأنه تحويل هذه الشريعة إلى مصدر رسمى ملزم للمشرع اعتباراً من تاريخ التعديل، وهى – أى المحكمة – بالحرص على تأكيد التزام المشرع فى الوقت ذاته بالضوابط والقيود التى تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع فى صدد الممارسة التشريعية، تكون قد اعترفت لمبادئ الشريعة الإسلامية بقوة إلزامية تعلو القوانين وإن لم تصل إلى مرتبة الدستور، وهو ما يتفق مع ما نراه من اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ العامة للقانون، التى تحتل مرتبة تعلو القوانين فى تدرج القواعد القانونية وإن لم تصل إلى قوة الدستور.

وتبريراً لقصر التزام المشرع فيما يقره من النصوص التشريعية بأن تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة على التشريعات الصادرة بعد تعديل نص المادة الثانية من الدستور عام ١٩٨٠، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الدستور اعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية "أصلاً يتعين أن ترد إليه هذه النصوص أو تستمد منه لضمان توافقها مع مقتضاه، ودون ما إخلال بالضوابط الأخرى التى فرضها الدستور على السلطة التشريعية وقيدها بمراعاتها والنزول عليها فى ممارستها لاختصاصاتها الدستورية، ولما كان المقرر كذلك أن كل مصدر تُرد إليه النصوص التشريعية أو تكون نابعة منه، يتعين بالضرورة أن يكون سابقاً فى وجوده على هذه النصوص ذاتها، فإن مرجعية

(١) حكمها فى ١٩٨٥/٥/٤ فى الدعوى ٢٠ لسنة ١ق دستورية و٧ لسنة ٩ ق عليا دستورية، الجريدة الرسمية العدد ٢٠ فى ١٦ مايو ١٩٨٥ – ص ٩٩٧ و٩٩٨، وقد تكرر هذا القضاء فى جميع أحكام المحكمة اللاحقة المتصلة بهذه المسألة، مما جعله قضاءً مستقراً جرى عليه العمل.

مبادئ الشريعة الإسلامية التى أقامها الدستور معياراً للقياس فى مجال الشرعية الدستورية، تفترض لزوماً أن تكون النصوص التشريعية المدعى إخلالها بمبادئ الشريعة الإسلامية – وتراقبها هذه المحكمة – صادرة بعد نشوء قيد المادة الثانية من الدستور التى تقاس على مقتضاه، بما مؤداه: أن الدستور قصد بإقرار هذا القيد أن يكون مداه من حيث الزمان منصرفاً إلى فئة من النصوص التشريعية دون سواها، هى تلك الصادرة بعد نفاذ التعديل الذى أدخله الدستور على مادته الثانية، بحيث إذا انطوى نص منها على حكم يناقض مبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية، ولما كان هذا القيد هو مناط الرقابة التى تباشرها هذه المحكمة على دستورية القوانين واللوائح، فإن النصوص التشريعية الصادرة قبل نفاذه تظل بمنأى عن الخضوع لحكمه"(١).

غير أننا نرى أنه كان يتعين نفاذ مبادئ الشريعة الإسلامية على الفور بأثر مباشر على كافة التشريعات السابقة واللاحقة على تعديل نص المادة الثانية، بمعنى أن يكون للقضاء أن يحكم بعدم مشروعية أو دستورية القوانين التى تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية القطيعة باعتبارها قواعد قانونية واجبة النفاذ والإعمال بذاتها فوراً، حتى ولو كانت هذه القوانين سابقة النفاذ والسريان على التعديل المشار إليه، وهو ما يؤدى إلى نسخ ما يتعارض منها مع تلك المبادئ.

وفى ذلك فإننا لا نتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه، وما اعتنقه القضاء الإدارى والدستورى فى مصر، تأييداً لما جاء فى الأعمال التحضيرية لمشروع تعديل المادة الثانية من الدستور المشار إليها، من أنه لا يمكن إعمال

---

(١) حكمها فى ٢٠٠٧/٧/١ القضية ٢٦ لسنة ٢٢ق. دستورية، المجموعة الجزء (١٢) المجلد الأول ص ٥٧٢.

القيد الذى استحدثه المشرع إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على فرضه دون التشريعات السابقة(١).

وخلاصة هذا الاتجاه الذى نعارضه أنه يستند إلى حجج ثلاثة:

١- أن المشرع الدستورى لو أراد اعتبار هذه التشريعات القائمة وقت التعديل باطلة أو ملغاة إذا كانت مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية لنص على ذلك صراحة، لأن تفسيراً له مثل هذه الخطورة ينطوى على مثل هذه الهزة العنيفة لكيان وبنيان النظام التشريعى للبلاد، لا يكتفى فيه بمثل هذا النص تحيط بتفسيره ومدلوله – فيما يتعلق بالتشريعات السابقة – شائبة الغموض.

والواقع أن مسألة نفاذ القواعد القانونية والأثر المباشر لها وحل التعارض بينها، هى مسألة علمية لا تتوقف على إرادة المشرع، وليس له أن يتدخل بشأنها إلا استثناء، وإنما يختص بذلك علم القانون حيث يتولى الفقه والقضاء تحديدها على أسس علمية متفق عليها.

أما التخوف مما قد يحدثه ذلك من هزة عنيفة لكيان وبنيان النظام التشريعى للبلاد، أو نتائج عملية على درجة كبيرة من الخطورة، أو – كما أشارت المحكمة الإدارية العليا – تضارب الأحكام واضطراب ميزان العدالة، فكل ذلك وهم لا يقوم عليه دليل، إن لم يكن قد ثبت عكسه حيث تعالت

---

(١) من مؤيدى هذا الرأى فى الفقه: الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: الشريعة الإسلامية ... سالف الذكر ص ٢١، ٢٢. والأستاذ الدكتور عوض محمد عوض: المرجع السابق – ص ٣١: ٣٨.

وفى القضاء الإدارى راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٨٢/٤/٣ سالف الإشارة حيث قضت بأنه "إلى أن ينبثق النظام التشريعى الكامل (المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية) ويستكمل قوته الملزمة فإن التشريعات السارية فى الوقت الحاضر تظل نافذة، بحيث يتعين على المحاكم تطبيقها توصلاً للفصل فى المنازعات التى ترفع إليها ...".

وفى القضاء الدستورى راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٤ مايو ١٩٨٥ سالف الإشارة.

الأصوات منذرة بالسوء والاضطراب نتيجة عدم إعمال ونفاذ الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية على الفور كأثر مباشر.

ب- إن التفسير الذى نطالب به يتعارض مع روح التشريع الإسلامى التى تتطلب اتباع روح الاعتدال وسنة التدرج ومراعاة مبادئ المصلحة والضرورة ونفى الحرج.

وإننا لنعجب لهذه الحجة، أليس من شأن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية على الفور، الأخذ بهذه المبادئ التى يشير إليها هذا الوجه من النقد، والعكس صحيح. ومن ناحية أخرى فإن الاستثناء من القواعد العامة فى الظروف القهرية، هو أمر لا ينكره قانون فى العالم، والقرآن الكريم نفسه يشير إلى العديد من الأمثلة لذلك، ومنها استقر الفقهاء على مبادئ "الضرورات تبيح المحظورات"، "المشقة تجلب التيسير"، وغيرها من المبادئ التى تضمن التطبيق الصحيح لقواعد الشريعة الغراء.

يضاف إلى ذلك أنه إذا تقاعس المشرع عن تنقيه التشريعات السابقة مما يشوبها من تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، أداء لواجبه وتقديراً لمسئوليته، فإن السبيل الوحيد للوصول إلى بطلان التشريعات المخالفة لهذه المبادئ سيكون القضاء، وهو طريق يتسم بطبيعته بالبطء ويضمن التروى والتدبر وتقدير الأمور فى الغاء التشريعات المخالفة لمبادئ الشريعة، بحيث لا يلغى منها إلا ما تبلغ فى تعارضها مع أحكام الشريعة مبلغاً يستحيل معه الجمع بينهما، وهو ما من شأنه تحقيق روح الاعتدال وسنة التدرج دون إخلال بروح الشريعة الإسلامية السمحاء.

ج- ترى المحكمة الإدارية العليا فى تأييدها لعدم نفاذ مبادئ الشريعة الإسلامية على التشريعات السابقة، أنه لو قيل بغير ذلك ... فإن من شأنه "المساس بأحد المبادئ الأصيلة وهو مبدأ الفصل بين السلطات"[1].

---

(١) راجع حكمها فى ١٩٨٢/٤/٣ سالف الإشارة.

والحقيقة أننا لا نرى مبرراً لإقحام مبدأ الفصل بين السلطات فى هذا الصدد، فما هى السلطات التى تشير إليها المحكمة فى هذا الموضوع؟ الغالب أنها تقصد أنه لا يجوز للمحاكم أو بالأحرى للسلطة القضائية أن تمتنع عن تطبيق التشريعات السابقة بحجة عدم دستوريتها لمخالفتها مبادئ الشريعة الإسلامية. وهى – أى المحكمة – تعود إلى حجج قديمة مستهلكة، انتهى البحث فيها إلى عدم صحتها، وهى مسألة مدى تأثر مبدأ الفصل بين السلطات بتقرير سلطة القضاء فى الرقابة على دستورية القوانين، حيث أن القضاء استقر تماماً منذ زمن بعيد فى مصر على أن ممارسة الرقابة على دستورية القوانين عن طريق القضاء ليس من شأنه المساس بمبدأ الفصل بين السلطات، ومؤلفات القانون العام والقانون الدستورى على الأخص زاخرة بالأبحاث القيمة فى هذا الشأن مما يجعل معاودة البحث فى هذه المسألة وإثباتها أو إثبات عكسها مضيعة للجهد والوقت لا طائل من ورائهما.

نخلص مما تقدم إلى انه اعتباراً من تاريخ التعديل الدستورى للمادة الثانية من الدستور الحالى فى مصر، فى مايو ١٩٨٠، حيث أصبحت هذه المادة تقضى بأن "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع"، فإن مبادئ الشريعة الغراء قد أضحت مصدراً رسمياً للقانون فى مصر باعتبارها من المبادئ العامة للقانون الكامنة والمستقرة فى ضمير ووجدان المجتمع المصرى، وأنها بهذه الصفة تتمتع بقوة إلزامية تعلو التشريع فى تدرج القواعد القانونية، وإن لم تصل إلى مرتبة الدستور، مع مراعاة أن مبادئ الشريعة الإسلامية لها الأولوية على غيرها من المبادئ العامة للقانون وذلك وفقاً لنص المادة الثانية المشار إليها.

ويترتب على ذلك أن كافة التشريعات اللاحقة لا يجوز لها مخالفة هذه المبادئ وإلا كانت باطلة لمخالفتها المبادئ العامة للقانون بطريق مباشر، وللدستور بطريق غير مباشر.

أما التشريعات السابقة أو بالأحرى القائمة أو السارية وقت تعديل الدستور فهى إما أن تكون متفقة تماماً مع أحكام الشريعة الإسلامية ومستمدة من مبادئها، وإما أن تكون مخالفة لهذه المبادئ صراحة، وإما أن تكون متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ولكنها غير مستمدة من مبادئها.

فبالنسبة للتشريعات المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية والمتفقة مع أحكامها مثل معظم قوانين الأحوال الشخصية، فلا شك فى أنها تظل سارية ما لم يتجه المشرع إلى تعديلها فى حدود مبادئ الشريعة الإسلامية لاعتبارات أخرى.

وفيما يتعلق بالتشريعات المخالفة صراحة لمبادئ الشريعة الإسلامية، والتى لا يمكن الجمع بينهما فى التطبيق وفقاً لقواعد التفسير، فمما لا ريب فيه عندنا أن هذه التشريعات تعد باطلة من تاريخ سريان التعديل الدستورى للمادة الثانية من الدستور المشار إليها، وهى عموماً قلة من التشريعات والنصوص المتناثرة والتى تخالف صراحة الأحكام القطعية فى القرآن والسنة.

أما عن التشريعات التى ولئن كانت غير مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية إلا أنها ليست مخالفة لأحكامها، وهى الأغلبية الساحقة من التشريعات النافذة والسارية حالياً، فلا شك فى استمرار سريانها وعدم جواز القول ببطلانها، إذ أن عدم استناد بعض التشريعات لأحكام الشريعة الإسلامية، واستنادها إلى مصادر أخرى غيرها لا يصلح فى ذاته سبباً لإبطالها، لأن مناط البطلان أو التعديل هو تعارض أحكام التشريعات النافذة مع مبادئ الشريعة، وليس مجرد انتمائها إلى مصدر آخر.

فالشريعة الإسلامية كما جاءت فى القرآن والسنة الصحيحة لا تستطيع بطبيعتها المختصرة أن تقدم لنا كل ما نحتاج إليه من الإجراءات اللازمة لإدارة شئون المجتمع، فهى لا ترمى إلى تقديم أحكام مفصلة لكل ما يطرأ من أمور الحياة ومشاكلها، ولم يقصد منها فى الأصل تأدية هذا الغرض، ولهذا فإن

الإسلام يعطينا الحق فى سن التشريعات فيما لم يرد فيه حكم صريح من الله ورسوله، وصدق الله العظيم إذ يقول "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً" المائدة: آية ٤٨، ولذلك فإن حقنا فى الاجتهاد المستقل على ضوء القرآن والسنة ليس مسموحاً به فحسب، بل نحن منتدبون لأدائه فى كل الأمور التى سكتت عنها الشريعة فلم تسن لها أية أحكام، إذ أن هذا السكوت دليل فى حد ذاته على واجبنا فى الاجتهاد عن طريق التحليل العقلى المستقل، ولكن على أن تراعى فى التشريعات التى نضعها روح الإسلام وغاياته، وبالطبع عدم مخالفة نصوص الشريعة أو روحها، وفى ذلك يحذرنا الله تعالى بقوله: "وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذ قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم" الأحزاب: آية ٣٦.

وفى هذا الصدد فإنه نرفض الاتجاه الذى يذهب إلى أن "كل ما يصدر من أعمال من قبل أية حكومة تقوم على أساس شرعة أخرى غير شرعة الله وقانونه الذى جاء به الأنبياء من لدن رب الكون وإلهه باطل لا قيمة له ولا وزن"[(١)]، بزعم أن الله سبحانه وتعالى "لم يجعل لمؤمن أن يرضى بغير حكم الله، أو أن يتحاكم إلى غير ما أنزل الله ... فمن يتحاكم إلى غير ما أنزل الله وما جاء به الرسول فقد حكم الطاغوت وتحاكم الله ... وهو ضال لا يعرف الإيمان لقلبه سبيلا"[(٢)].

فهذا الاتجاه يتأسس – فيما يبدو – على ما يراه جمهور الفقهاء من أن الشريعة الإسلامية على درجة من المرونة تجعلها كفيلة بتقرير حكم لكل واقعة تطرأ، فهى تتسع لكل جوانب الحياة، فلا تقتصر على كليات الحياة فحسب، بل تتناول جزئياتها أيضاً، بحيث تغنى من يلجأ إليها عن تلمس الحكم فيما عداها.

---

(١) أبو الأعلى المودودى: المرجع السابق – ص ٢٤.
(٢) عبد القادر عودة: المرجع السابق – ص ٥٦، ٥٧.

كما يستند هذا الاتجاه إلى قوله تعالى: "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون" المائدة: ٤٤، "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون" المائدة: ٤٥، "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون" المائدة: ٤٧، وكذلك قوله سبحانه وتعالى "وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضلالاً مبيناً" الأحزاب: ٣٦، وهو استناد غير سائغ فالعصيان هنا يفترض أولاً أن يكون هناك أمر الهى، أى حكم قطعى الثبوت والدلالة يعصاه المؤمن، فإن لم يوجد مثل هذا الأمر فلا محل للعصيان.

والواقع أن تفسير النصوص الأخرى المتعلقة بعدم جواز الحكم بغير ما أنزل الله، فيه تجاوز كبير لمدلول هذه النصوص، فالواضح الجلى فيها أنها تفترض أولاً أن الله سبحانه وتعالى قد أنزل حكمة فى شأن من الشئون، أو قضى أمراً هو أو رسوله الكريم، ففى مثل هذه الأحوال لا يجوز الحكم فى هذا الشأن بغير ما أنزل الله وما قضى فيه هو أو الرسول عليه الصلاة والسلام. وهذا المعنى يختلف تماماً عن القول بعدم جواز الحكم بغير ما أنزل الله (أو قضى به رسوله) فى كافة شئون الحياة، فلو أراد الله عز وجل هذا المعنى لكان قوله على نحو آخر كما لو قيل "ومن حكم بغير ما أنزل الله ..."، كما أن النص القرآنى بالطاعة الواجبة لأولى الأمر إلى جانب طاعة الله وطاعة الرسول سيكون لغواً – والعياذ بالله – وفقاً لهذا التفسير.

والشريعة الإسلامية كما سبق وأوضحنا مراراً لم يقصد منها على الإطلاق أن تتعرض لكل صغيرة وكبيرة من شئون الحياة ومشاكلها، فقد رسمت الشريعة حدود الدائرة التى تتطور فى رحابها حياة الأمة الإسلامية، ثم جاء الشارع فشق منهاجاً (أى طريقاً مفتوحاً) فى داخل الدائرة يتيح لنا حرية سن القوانين الملائمة للزمن كيما نعالج به طوارئ الحياة التى سكتت عنها

نصوص القرآن والسنة عامدة[1]. فإذا فهمنا ذلك أدركنا عظمة الشريعة الإسلامية الغراء التى تترك لنا المجال الرحب كى نمارس فيه اجتهادنا المستقل لنبرهن من خلاله على حيوية الإسلام وتطوره المستمر وصلاحيته لكل زمان ومكان.

وفى هذا المجال فإننا نأمل من كل مسلم أن يؤد واجبه فى فهم الشريعة الإسلامية على وجهها الصحيح وتنفيذها على أكمل وجه، وما عليه وهو يؤدى واجبه مما يقوله أو يفعله الجاهلون، ما دام على بينة من دينه، وعلى يقين من أمر ربه، وصدق الله العظيم إذ يقول "يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم" سورة المائدة: آية رقم ١٠٥.

المبحث الثانى

الالتزام بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية

أشرنا من قبل إلى التقنين وأوضحنا أن الشريعة والقانون ظاهرتان متلازمتان غير متفارقتين، وبينا أن أحكام الشريعة الإسلامية القطعية والتشريع الذى تسنه السلطة التشريعية كلاهما يقبل التقنين كنظام يضبط علاقات الأفراد فيما بينهم أو بينهم وبين ولاة الأمر أى السلطات العامة فى الدولة.

وكما قلنا فإن للتقنين معنيان وإن كانا متكاملان، فهو من ناحية يطلق على كل تشريع عام يتضمن جميع النصوص القانونية التى تنظم فرعاً بأكمله من فروع القانون أو مسالة من المسائل القانونية الكبرى فى مجال العلاقات الاجتماعية، بحيث يمكن العمل بها واتباعها دون أن يكون هناك اختلاف أو تعارض فى الأحكام التى يتضمنها التقنين، ومن ناحية أخرى، يعتبر التقنين من أهم وسائل الصياغة القانونية التى تلجأ إليها الدولة لإلزام كل من فى الدولة من سلطات وأفراد بما فى التقنين من أحكام أو قواعد كمصدر رسمى للقانون،

(١) محمد أسد: المرجع السابق – ص ٣٩.

وذلك من خلال تجميع وتبويب وترتيب القواعد القانونية الحاكمة لفرع من فروع القانون أو أحد موضوعاته بواسطة السلطة المختصة بالتقنين أو بإعداده، وفقاً لخطة معينة يتحقق عن طريقها التنسيق والتوفيق بين الأصول والفروع، ويزيل احتمال التعارض بين أحكام هذه القواعد القانونية المقننة، مما ييسر على القاضى أو الباحث أو الدارس أمر الرجوع إلى هذه الأحكام للتعرف عليها أو لتطبيقها أو لاتباعها.

وعلى ذلك فقد رأينا أنه لا يجوز على الإطلاق أن يوصف أى تجميع أو تدوين لقواعد أو نصوص قانونية أو شرعية يقوم به أحد الفقهاء أو الهيئات العلمية بأنه تقنين، ولما كانت أحكام الشريعة الإسلامية على نحو ما سبق تحديدها تفيد معنى التشريع فإنها بذلك تكون قابلة للتقنين، بل ويتحتم تقنينها وإلا كانت قابلة للإعمال بذاتها، خلافاً للأحكام الفقهية الاجتهادية التى لا تقبل إلا التدوين وليس التقنين، لأن التقنين يؤدى حتماً إلى قيد الإلزام بالحكم المقنن ومنع الجميع من مخالفته، ولا يمكن تقنين المسائل المختلف فيها بترجيح معنى أو دلالة على دلالة أخرى، ما لم ير ولى الأمر رفع الخلاف فى هذه المسائل الظنية فيكون ما قننه هو الرأى الشرعى المرجح والقانون واجب الاتباع فى هذه المسألة بهدف القضاء على الخلاف بين المجتهدين مما يؤدى فى النهاية إلى التخفيف من غلواء الاختلاف الفقهى والتعصب المذهبى ومن ثم القضاء على الصراعات والفرقة بينهم.

ومن هنا فإننا ندعو إلى تقنين الشريعة الإسلامية وليس الفقه الإسلامى وليس فى ذلك حط للشريعة أو إهدار لمكانتها، ومحاولة إذكاء الفتنة بالقول بأنه لا يجوز للشريعة أن تكون رافداً من روافد القانون، هى محاولة فاسدة من الأساس، فالشريعة هى جوهر ومضمون القانون، والقانون هو وسيلة وأداة تطبيق الشريعة إلى جانب القضاء فى العالم المعاصر. وإذا كانت الشريعة هى الماضى والحاضر والمستقبل، فهى الأولى بالتقنين وبذل الجهود لوضعها

موضع التطبيق من خلال التشريع الملزم، أما الفقه فهو الماضى إذا تم تقنينه، وهو تأكيد على قفل باب الاجتهاد وتعطيل لحكم الله وما أنزله على المسلمين من ضرورة أن يكون أمرهم شورى بينهم، إذ لن يكون لنا إلا التقليد بدلاً من الاجتهاد واجترار آراء الفقهاء القدامى حتى ولو تباعدت عن الحياة المعاصرة وسيقتصر الاجتهاد على بسط فكرة أو تبسيط عبارة ومن ثم جمود فقهاء العصر.

صحيح أن فقهاء الإسلام قد خلفوا لنا تراثاً عظيماً من الأحكام الشرعية التى كانت أثراً لاجتهادهم وروعيت فيها مصالح الناس وعرفهم فى الوقت الذى استنبطت فيه، ولكن دعونا نسأل كيف نقنن هذه الآراء الفقهية الاجتهادية، هل نقيم التقنين على مذهب واحد كما فعلت الدولة العثمانية فى مجلة الأحكام العدلية أم يتم التقنين على المختار من المذاهب كلها، ومن سيختار، وهل سيتم ذلك من بين مذاهب السنة فقط أم الشيعة فقط أم الأباضية وحدها، أليس من شأن ذلك المزيد من التعصب الفقهى بين البلدان الإسلامية؟.

فى تقديرنا أن الشريعة الإسلامية توحد الشعوب والدول الإسلامية حيث لا خلاف حول أحكامها، بينما الفقه الإسلامى يفرق بينها فهو مصدر للخلاف وربما التعصب، ولذلك فإن التمسك بالشريعة وليس الفقه هو طريق الإبقاء على جوهر الإسلام ومبادئه فى المجال التشريعى.

وعليه فإننا نرى أن محل التقنين لا يجوز أبداً أن يكون الفقه الإسلامى وإنما الواجب علينا أن نعمل على تقنين الشريعة الإسلامية، وبعد ذلك سيكون طبيعياً على المشرع أن يستفيد – إذا أراد – من التراث العظيم من الأحكام الشرعية التى خلفها لنا الفقه الإسلامى، وفى كل الأحوال سواء أخذ المشرع بأى منها أم لم يأخذ فإن ما يصدر عنه من تشريعات يمكن أن توصف بأنها تشريع إسلامى مستمد إما من الشريعة الإسلامية بمصدريها الكتاب والسنة أو من الفقه الإسلامى الذى يضم كذلك مصادر الاجتهاد بالرأى، وهى الإجماع

والقياس والمصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب والعرف، ليستنبط منها ما يراه المشرع صواباً ومناسباً لحال الناس وظروفهم دون أن يضاد نصاً أو يخالف معلوماً من الدين بالضرورة.

إن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية دون الفقه الإسلامى سيؤدى إلى وجود قانون أعلى فى كل دولة إسلامية يعلو على كافة القوانين الوضعية بما فيها الدستور، ولن يختلف هذا القانون الأعلى من دولة لأخرى، ولسنا فى حاجة إلى تدخل سلطة لإقرارها، ولن تقدر دولة إسلامية على إنكاره أو رفض إعماله، ما دام بعيداً عن اجتهاد البشر، ولذلك ستكون الشريعة الإسلامية حاكمة بحق على حين أن الفقه محكوم، بكل ما يحكم عمل الفقهاء وسلوكهم فى الجماعة، والطاعة الواجبة على المسلم إنما هى طاعة الشريعة وليس طاعة الفقه ورجاله، ولنترك كل ما عدا الشريعة الإسلامية للاجتهاد الفقهى الحر مع احترام الرأى الآخر والامتناع عن تكفيره، فالاجتهاد نعمه فوضها الله إلى جميع المسلمين ولا يعقل أن يخالف بشر حكم الله فى إباحة الاجتهاد مهما كانت العلل لذلك لأنها إهدار لما أنزل الله، فبالقطع تعنى الشورى الاجتهاد وتؤدى إليه حتماً، فالشورى لا تعنى فقط الحاجة إلى آراء من يستشاروا ولكن تعنى كذلك أن يقوم هؤلاء بالاجتهاد فى استخراج الوجه الأصلح للمسألة محل الشورى دون مفاخرة أو مناظرة أو تباهى بما حقق أسلافنا من نتائج، فالعبرة بما نملكه من وسائل للتفكير والإبداع والاجتهاد حتى لا يضيع بذلك أجرنا وعمرنا.

ووفقاً لما تقدم فإن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية تعنى صياغة الأحكام القطعية دلالة وثبوتاً فى صورة قواعد عامة ومواد قانونية تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فى المجتمع، بحيث يسهل الرجوع إليها فى النواحى العملية والعلمية من خلال أبنية تشريعية ذات صيغ تتسم بالدقة والوضوح يتيسر الإدراك بها ليعلم كل فرد حقوقه وواجباته، وحتى لا يتهم بالخروج على الدين لمجرد عدم العلم بها وخاصة إذا كان الحكم من الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، لأن

عدم العلم بها لا يعنى إنكارها أو تكذيبها، وإنما هو مجرد جهل بها نتيجة الانشغال التام بأمور الحياة.

ومن الغريب واللافت بشدة للانتباه، أننا لم نجد فى دراسات معظم الفقهاء ودعاة الدين الإسلامى المعاصرين، بحثاً يحدد على وجه الدقة واليقين الأحكام القطعية فى الشريعة الإسلامية، أو فقه خاص بهذا الموضوع يكون مكملاً لأبواب الفقه الأخرى التى قتلها المشتغلون بصناعة الاستنباط بحثاً وتمحيصاً، باستثناء قلة من الاجتهادات لا تسمح كقاعدة عامة بإقامة صرح تشريعى متكامل لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أوردها الفقهاء للاحتراز من الوقوع فى المحظور فحسب، مما يدعونا إلى توجيه النداء للمؤسسات الدينية الإسلامية مثل الأزهر الشريف وهيئة كبار العلماء فيه أو المجلس الأعلى للشئون الإسلامية أو غيرها للعمل بصورة عاجلة على جمع وتحديد هذه الأحكام القطعية توطئة لتقنينها بمعرفة الجهات المختصة.

أما عن تدوين الفقه – وليس تقنينه – فهو يعنى تدوين الرأى الراجح فى أى مذهب بقصد الرجوع إليه لمن يشاء دون إلزام، ولما كانت المذاهب الفقهية - وليس الفرق الإسلامية – تتمثل أساساً فى المذاهب السنية الأربعة، وهى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، إلى جانب المذهب الجعفرى والمذهب الزيدى من مذاهب الشيعة والمذهب الإباضى والمذهب الظاهرى، فالأمثل أن يتم تدوين أحكام كل مذهب منها على حده، فكلها اجتهادات بشرية، وليس هناك مذهب بعينه يمتلك حق الانفراد بالاجتهاد أو إدعاء الصواب فيه دون غيره، فكل المذاهب يجوز الرجوع إليها والأخذ منها، ولا محل عقلاً أو منطقاً للوقوف عند أرجح الأقوال فى مذهب محدد. ومع ذلك يرى اتجاه آخر أنه من الضرورى اعتبار مجموعة المذاهب الاجتهادية كمذهب واحد كبير، وكل مذهب فردى منها يعامل كالآراء والأقوال المختلفة فى المذهب الفردى الواحد، ويهدف هذا الاتجاه إلى تيسير تقنين الفقه وليس فقط تدوينه من خلال ترجيح

علماء الأمة لما يساير ظروف العصر من أحكامها فيختارونها للتقنين فى ميدان القضاء والفتيا، وهو ما يعنى فى تقديرنا تجريد هذه الأحكام من الرداء الدينى وتحوله إلى قانون وضعى، ومن ثم لا تكون هذه المذاهب سوى مصدر موضوعى لهذا القانون، وهى ذات النتيجة التى يمكن التوصل إليها بعيداً عن فكرة التقنين.

* * *

محصلة القول مما تقدم من قراءة متأنية للمادة الثانية من الدستور أن أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ليست فقط مصدراً موضوعياً للتشريع، وإنما باتت كذلك مصدراً رسمياً للقانون وذلك على النحو التالى:

١- أحكام الشريعة الإسلامية الملزمة هى فقط الأحكام القطعية فى ثبوتها ودلالتها واستناداً إلى طبيعتها الملزمة فإنها تعد مصدراً رسمياً للقانون، وهى فى ذلك لا تحتاج إلى مرجعية لتحديدها أو لتفسيرها، فهى بطبيعتها قطعية الدلالة وقابلة للإعمال بذاتها، ولكن لأن هذه الأحكام هى صلب الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، ونزولاً على مقتضى الآية الكريمة الواضحة "أطيعوا الله وأطيعوا الرسول"، وهو أمر صريح للذين آمنوا، فإن واقع الأمر مع صعوبات الحياة المعاصرة يستلزم بالحاح أن يتم تجميع هذه الأحكام القطعية الإلهية فى الكتاب والسنة وتقنينها وصياغتها صياغة قانونية بسيطة لضمان علم الكافة بها سواء من الأفراد أم السلطات، وليس للمشرع فى تقديرنا أية حرية فى تقدير ضرورة تقنين الشريعة الإسلامية وفقاً لما تقدم، والخوف أن يتقاعس المشرع عمداً عن أداء واجبه فى هذا، فهو حتى اليوم لم يعدل عديد من القوانين السارية والمتعارضة مع أحكام الشريعة القطعية.

٢- المبادئ والمقاصد التى تحويها الشريعة الإسلامية وتمثل أصولاً وكليات ثابتة وقطعية هى مصدر موضوعى ملزم للمشرع يلتزم باتباعها والنزول على مقتضاها فى تشريعاته، إضافة إلى التزام القضاء بتطبيقها فى

المنازعات المطروحة أمامه باعتبارها من المبادئ العامة للقانون وخاصة فى حالة غياب النصوص التشريعية، ومن ثم تكون واجبة الاتباع كقواعد عدالة وليست قواعد سلوك مثل الأحكام القطعية، ومخالفتها توصم التشريع بعيب الانحراف بالسلطة.

٣- الأحكام الشرعية ظنية الثبوت والدلالة وكذلك الأحكام ظنية الثبوت ولو كانت قطعية الدلالة، تعد مصدراً موضوعياً غير ملزم لولاة الأمر فى الدولة من الحكام أو السلطات العامة، سيما السلطتين التشريعية والقضائية، فهى محل لاجتهاد ولى الأمر ويجوز التنازع معه عندما يثور الشك حول مدى التزامه بالمبادئ والمقاصد الشرعية للتشريع الإسلامى، ولكنها تبقى أحكام استرشادية حيث لا اتفاق ولا إجماع بالتالى على ترجيح أى منها لحكم المسالة محل الاجتهاد، أى أنها لم تكن ملزمة أصلاً لجانب أو أكثر من الفقهاء، ومن ثم لا يسوغ أن تكون ملزمة للأفراد أو السلطات.

٤- الأحكام الشرعية قطعية الثبوت ظنية الدلالة هى فى الأصل مصدر موضوعى غير ملزم، ولكنها فى تقديرنا لها قدر من الإلزام، حيث يتعين التقيد بها وإعمالها على نحو ما يراه ولى الأمر بصدد دلالتها ولكن دون مخالفة هذه الدلالات والخروج عنها باختيار دلالة أخرى ما لم تكن متوافقة تماماً مع المبادئ والمقاصد التى يتعين التزامها فى التشريع الإسلامى، فإذا كان اجتهاد ولى الأمر فى هذا الإطار تعين طاعته نزولاً على أمره سبحانه وتعالى بطاعة أولى الأمر دون أن يخل ذلك بإمكانية التنازع معه فى اجتهاده، باعتبارها شريعة محتملة خلافاً للأحكام القطعية ثبوتاً ودلالة والتى تعد شريعة مؤكدة، وعليه لا يسوغ للمفتى أن يفتى بخلاف ما يأمر به ولاة الأمر وذلك فى المسائل الاجتهادية المختلف فيها، لأن الحاكم أو القاضى وهم من ولاة الأمر كما قلنا، أمر بما ليس بمعصية ولا مخالف لشرع الله بيقين، ولذلك تكون طاعة الأمر فى هذه الحالة واجبة.

٥- من المنطقى بعد ذلك أن يتم النص فى الدستور، وليكن فى نهاية المادة الثانية منه، أنه "ويعتبر باطلاً كل نص تشريعى يخالف أحكام الشريعة الإسلامية القطعية ثبوتاً ودلالة، ولا يكون البطلان إلا بحكم قضائى بات ونهائى".

ومن شأن هذه الإضافة المقترحة أن تؤكد على أن أحكام الشريعة الإسلامية القطعية باتت مصدراً رسمياً للقانون، وتبقى مبادئ هذه الشريعة ومقاصدها مصدراً موضوعياً للتشريع وملزمة للمشرع باتباعها إذا كانت بدورها قطعية، وبالتالى يحذف كل نص آخر يتعارض مع ما تقدم.

الباب الثالث

نتائج تدرج القواعد القانونية

وضمانات تحقيقها

تمهيد:

انتهينا فيما تقدم إلى أن القواعد القانونية تتدرج فيما بينها من حيث قوتها الإلزامية إلى عدة مراتب يعلو بعضها البعض. وقد خلصنا مما سبق إلى تحديد هذه المراتب على النحو التالي:

١- في قمة التدرج تأتي القواعد الدستورية.

٢- تليها المبادئ العامة للقانون بما تشمله من مبادئ الشريعة الإسلامية والتي لها الأولوية في التطبيق بين هذه المبادئ العامة.

٣- ثم القوانين أو القواعد التشريعية التي تسنها السلطة التشريعية ويلحق بها لوائح الضرورة التي تصدر عن السلطة التنفيذية.

٤- وبعدها اللوائح الإدارية، أي تلك التي تصدر عن السلطة التنفيذية في الظروف العادية.

٥- وأخيراً القواعد العرفية.

وإذا كان مقتضى مبدأ المشروعية هو خضوع الأفراد والسلطات العامة في الدولة لحكم القانون، فإنه عن طريق تدرج القواعد القانونية يمكن ضمان خضوع السلطات العامة للقانون، وهي بدورها – أي تلك السلطات – تضمن خضوع الأفراد لحكم القانون.

فتأسيساً على تدرج القواعد القانونية، تلتزم كل سلطة عامة تقر أو تنشئ أو تطبق القواعد القانونية، باحترام نتائج هذا التدرج. فالسلطة التشريعية عندما تسن القواعد التشريعية عليها الالتزام بالقواعد الدستورية والمبادئ العامة للقانون وعدم الخروج عليها، كذلك السلطة التنفيذية عندما تضع اللوائح، سواء

فى الظروف العادية أم الظروف الاستثنائية، عليها احترام واتباع أحكام القواعد القانونية التى تعلوها سواء كانت قواعد دستورية، أم مبادئ عامة للقانون، أم قواعد تشريعية (إذا كانت هذه اللوائح قد وضعت فى الظروف العادية) ..

أما السلطات القضائية فعليها عبء تطبيق هذه القواعد القانونية على ما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها، وهى فى هذا الصدد ملزمة بإعمال قواعد التفسير المقررة لإزالة أى تعارض بين هذه القواعد القانونية، وخاصة قاعدة تغليب القواعد القانونية الأعلى مرتبة فى تدرج هذه القواعد على القاعدة الأدنى مرتبة، بالإضافة إلى قاعدة أن اللاحق ينسخ السابق من القواعد القانونية ذات القوة الإلزامية المتماثلة.

غير أن المشرع غالباً ما يتدخل لضمان تحقيق نتائج تدرج القواعد القانونية المشار إليها، فنجده بصدد أعمال السلطة التشريعية ينظم طريقاً للطعن فى دستوريتها، وبالنسبة لأعمال السلطة التنفيذية يقرر طرق الطعن فيها لعدم مشروعيتها، وكذلك الحال بالنسبة للسلطة القضائية، إذ تخضع أعمالها وعلى الأخص الأحكام منها إلى الرقابة الداخلية وذلك نتيجة الأخذ بمبدأ تعدد درجات التقاضى، مما يتيح فرص الطعن فى الأحكام والأعمال الأخرى الصادرة عن المحاكم المختلفة، ضماناً لمشروعيتها هى الأخرى.

وإذ تمثل مسألة الطعن فى أعمال وأحكام المحاكم وتعدد درجات التقاضى فى السلطة القضائية جانباً هاماً من دراسات قوانين الإجراءات المدنية والتجارية (المرافعات) والإجراءات الجنائية والإجراءات الإدارية، وحيث لا يتسع المقام للبحث والدراسة فى هذا الجانب الذى يلزم دراسته بصورة كاملة وشاملة، لا يصح معها الاقتصار فى البحث على ما يتصل منها بالإجراءات الإدارية، فإننا نكتفى فى هذا الباب بدراسة نتائج تدرج القواعد القانونية فيما يتعلق بأعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية، وضمانات تحقيق هذه النتائج، فنبدأ أولاً بالنتائج ثم الضمانات.

الفصل الأول

نتائج تدرج القواعد القانونية

بينا أنه يترتب على تدرج القواعد القانونية التزام كل سلطة لدى قيامها بإنشاء القواعد أو التشريعات، بأحكام القواعد القانونية التى تعلوها مرتبة حتى يكون عملها مطابقاً لمبدأ المشروعية، بحيث إذا خرجت عليها تلك السلطة وخالفتها فإنها تهدر بذلك القوة الإلزامية التى تتمتع بها القواعد الصادرة عنها.

وعليه فإن كل تصرف تجريه السلطة العامة وتخالف به قواعد القانون الأعلى الملزمة لها يقع باطلاً قانوناً وغير نافذ شرعاً، أى أنه لا يؤدى إلى ترتيب الآثار القانونية المبتغاة من إصداره، وكأنه لم يصدر إطلاقاً.

ومعنى ذلك، أن القوانين التى تقرها السلطة التشريعية بالمخالفة لأحكام الدستور تكون باطلة وليست لها أية قوة إلزامية لمخالفتها للمشروعية ومن ثم يمكن للقضاء أن يحكم بعدم دستوريتها. كما أن اللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذية بالمخالفة لأحكام الدستور أو القوانين تكون باطلة كذلك لمخالفتها للمشروعية، وبالتالى يحق للقضاء الحكم بعدم شرعيتها أو عدم دستوريتها.

المبحث الأول

عدم دستورية القوانين المخالفة للدستور

لا ريب أن إخضاع القوانين لأحكام الدستور هو أمر ضرورى لتأكيد مبدأ المشروعية وتحقيق الدولة القانونية، ذلك لأن البرلمان وهو المختص بسن هذه القوانين، لا يملك فى واقع الأمر السيادة الحقيقية فى الدولة إذ أن الشعب أو الأمة هى صاحبة السيادة فى الدولة، ومن ثم فليس فى إخضاع القوانين للرقابة على دستوريتها أى تعارض مع مبدأ سيادة الأمة، وذلك بضمان احترام إرادة الأمة المباشرة المتمثلة فى الدستور.

وتتأسس الرقابة على دستورية القوانين على مبدأ المشروعية أو سيادة القانون وخضوع الدولة له وفقاً لقاعدة تدرج القواعد القانونية وما ينطوى عليه من مبادئ وأهمها مبدأ سمو الدساتير[1]، فالدستور هو الذى ينشئ السلطات العامة فى الدولة بما فيها السلطة التشريعية، فيحدد لكل منها الاختصاصات ويضع القيود وينظم الإجراءات التى تمارس بها تلك الاختصاصات، فإذا خالفت السلطة التشريعية الدستور أو خرجت عن حدود الاختصاصات التى رسمها لها أو تحللت من القيود التى وضعها، تكون قد جاوزت سلطتها، ومن ثم يبطل كل إجراء تتخذه فى هذا الشأن[2].

وإذا كانت بعض الدساتير تنص صراحة على بطلان القوانين المخالفة لأحكامه، فإن عدم النص فى الدستور على ذلك، لا يؤثر فى اعتبار هذه القوانين باطلة، فهذا البطلان نتيجة حتمية لمبدأ المشروعية وتدرج القواعد القانونية، خاصة إذا كان الدستور القائم ينص على إجراءات خاصة لتعديله، أى كان من الدساتير الجامدة، أو كان هذا الدستور يقرر تنظيماً معيناً للرقابة على دستورية القوانين.

أما بالنسبة للدستور المرن أو الذى لم يقرر مثل هذا التنظيم، فقد يكون من الصعب التوصل إلى بطلان القوانين المخالفة للدساتير ما لم يعترف القضاء فى هذه الحالة بحقه فى الرقابة على دستورية القوانين استناداً إلى أن وظيفة القاضى هى تطبيق القانون بمدلوله الواسع، وأنه إذا تعارضت قاعدة أعلى مرتبة مع قاعدة أدنى منها، وجب عليه تطبيق القاعدة الأعلى درجة، ومن ثم

---

(١) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى: مبادئ الأنظمة السياسية ... سالف الإشارة ... ص ٢٤٩، وهو يرى بحق أن السمو الشكلى للدستور يستند إلى مبدأ تدرج النصوص. راجع كذلك حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٢٠١٢/٦/١٤ قضية ٢٠ لسنة ٣٤ ق. دستورية (حكم بطلان تكوين مجلس شعب ٢٠١٢).

(٢) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد: مبادئ الأنظمة السياسية سالف الإشارة – ص ٢٥٠ وما بعدها، والأستاذ الدكتور ثروت بدوى: القانون الدستورى وتطور الأنظمة الدستورية فى مصر – ١٩٧١ – ص ٨٠.

فإن القاضى عندما يفحص دستورية قانون معين، فإنه بذلك لا يخرج من دائرة عمله، ولا يلغى القانون، وإنما يستبعد تطبيقه فى النزاع المطروح عليه ويطبق القانون الأعلى مرتبة أى الدستور وفقاً لقاعدة سمو الدساتير شكلاً وموضوعاً.

وعلاوة على ذلك فإنه وفقاً لمبدأ فصل السلطات، فإن القاضى يتعين عليه فحص دستورية القوانين لأن القول بضرورة التزامه بتطبيق القانون الذى أقره البرلمان ولو كان مخالفاً للدستور، معناه إخضاعه للسلطة التشريعية، بينما السلطة القضائية – مثلها فى ذلك مثل السلطة التشريعية – تستمد حقها واختصاصاتها من الدستور، فإذا أخلت السلطة التشريعية بواجبها وتجاوزت اختصاصها وخالفت الدستور، فلا معنى لإجبار القضاء على متابعتها أو مسايرتها فى هذه المخالفة ومشاركتها هذا الطريق.

وللقاضى أن يستند فى إثبات سمو الدستور – حتى ولو كان مرناً – إلى أن مصدر الدستور هو السلطة التأسيسية، فى حين أن مصدر القانون هو سلطة مؤسسة تتمثل فى السلطة التشريعية، وإذ لا خلاف فى سمو السلطة الأولى على الثانية، فإنه يكون لأعمال السلطة التأسيسية أى الدستور مرتبة أعلى من أعمال السلطة التشريعية أى القوانين وذلك فى تدرج القواعد القانونية.

وفى هذا الصدد يثور التساؤل عما إذا كانت هذه المرتبة الإلزامية الأسمى لقواعد الدستور أو النظام الأساسى تعود إلى السمو الموضوعى لأحكامه وقواعده أم إلى السمو الشكلى لها أم لهما معاً، مما يدعونا إلى توضيح كل منهما فى هذا الشأن:

أولاً: السمو الموضوعى للدستور: يتحقق السمو الموضوعى للقواعد الدستورية باعتبارها أداة تأسيس الدولة فى أهم عناصرها، سواء بصدد عنصر السيادة أو السلطة أو الحكومة أو بصدد عنصر الشعب وحقوقه وحرياته وهى موضوعات لا غنى عنها فى البناء القانونى للدولة بغض النظر عن مصدرها

أو شكلها أو الجهة التى أقرتها أو الإجراءات المتبعة لذلك، إذ العبرة بمضمون وغاية القواعد الدستورية.

فبالنسبة إلى النظام السياسى للدولة فإن قواعد الدستور هى التى ترسى الأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فيها، فتنشئ وتحدد السلطات والهيئات الحاكمة فى الدولة وتبين اختصاصها ووظائفها وتضع القيود والحدود الضابطة لنشاطها، وهو ما يوجب على تلك السلطات الالتزام بهذه القواعد الدستورية باعتبارها العمود الفقرى لأى نشاط قانونى لها، ومصدر صلاحياتها، وإلا فقدت أساس وجودها وفقدت تصرفاتها سندها الشرعى، وبذلك تكون القواعد الدستورية هى المصدر الأساسى لوجود ولشرعية أعمال السلطات العامة فى الدولة، أياً كان نوع الدستور أو سماته[1]. وبصدد عنصر الشعب فى الدولة، فإن الدستور هو الذى يقرر الحقوق والحريات العامة لأفراده، ويرتب الضمانات اللازمة لكفالتها ولحمايتها، ويضع المقومات والمبادئ الأساسية التى يسير عليها المجتمع وتكون موجهاً لسياسة الدولة، وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا[2] إن الدستور يتميز بطبيعة خاصة تضفى عليه صفة السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات وموئلها وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها، فحق لقواعده – بالتالى – أن تستوى على القمة من البنيان القانونى للدولة، وأن تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام[3]، اعتباراً بأن أحكام الدستور هى أسمى القواعد الآمرة التى تلتزم الدولة بالخضوع لها فى تشريعها وقضائها، وفى مجال مباشرتها لسلطتها التنفيذية، وفى إطار هذا الالتزام يجب

---

(١) الدكتورة عزيزة الشريف: دراسات فى الرقابة على دستورية التشريع – الكويت – ١٩٩٥ – ص ٢٢.

(٢) حكمها فى ١٩٩٠/٥/١٩ القضية ٣٧لسنة ٩ق. دستورية، وفى ١٩٩٣/١/٢ القضية ٢٣ لسنة ١٢ ق. دستورية، وفى ١٩٩٤/١٢/١٧ قضية ١٣ لسنة ١٥ق. دستورية.

(٣) راجع فكرة النظام العام والقواعد الآمرة للقانون الدستورى: الدكتور عيد أحمد الغفلول: فكرة النظام العام الدستورى وأثرها فى تحديد نطاق الدعوى الدستورية – دار النهضة العربية – ٢٠٠٤ – ص ١٠٤.

أن تكـون النـصوص التـشريعية موافقـة لأحكـام الدسـتور، سـواء لقواعـده الموضوعية التى تعكس مضامينها القيم والمثل التى بلورتها الإرادة الشعبية ... وكذلك الأسس التى تنظم الجماعة وضوابط حركتها".

وتأسيساً على ما تقدم فإن التسليم بالسمو الموضوعى للدستور يجعل الأصل فى الدساتير أن تكون لها المرتبة الأعلى السامية فى تدرج القواعد القانونية، فلا تستطيع أية سلطة عامة الخروج عليه، بزعم أنه من الدساتير المرنة مثلاً، تأسيساً على عدم النص فى الدستور على إجراءات خاصة لتعديله ... وتفسير سكوت المشرع الدستورى عن ذلك بأن إرادته قد انصرفت إلى جعله دستورياً مرناً، فهى إرادة غير صحيحة بالمرة لا صراحة ولا ضمناً ولا حتى افتراضاً، لأنها تخالف الأصل فى الدساتير وهو الجمود، استناداً إلى السمو الموضوعى للدستور الذى لا يختلف الفقه فيه، بمعنى أن جمود الدستور يترتب كنتيجة قانونية على سموه الموضوعى وما لم ينص الدستور صراحة على جواز تعديله بواسطة السلطة التشريعية ووفقاً لإجراءات سن القوانين العادية، فإنه لا يجوز وصفه إلا بالجمود(١).

ثانياً: السمو الشكلى للدستور: يربط معظم الفقه الدستورى بين السمو الشكلى للدستور والذى يتعلق بطريقة وضعه وإقراره بإجراءات أو أشكال مختلفة عن إجراءات سن القوانين العادية، وجمود الدستور الذى لا يتعلق بطريقة وضعه ولا بموقعه فى تدرج القواعد القانونية والبناء القانونى للدولة، وإنما يتصل أساساً بطريقة تعديل هذا الدستور، إذ يعتبر الدستور جامداً عندما يقتضى لتعديله إجراءات وأشكال مغايرة أو أشد أو أصعب مما يتطلبه تعديل

---

(١) وخلافاً لذلك يذهب جانب من الفقه إلى أن السمو الموضوعى للقواعد الدستورية لا يرتب بذاته أى نتائج محددة، وإن أدت فى البلاد ذات الوعى والتى يكون فيها للرأى العام تأثير كبير إلى نتائج سياسية بالغة الأهمية والخطر راجع فى ذلك، الدكتور يحيى الجمل: القضاء الدستورى فى مصر – الطبعة الأولى – ١٩٩٢ – ص ١٢.

القوانين العادية، ومن ثم لا يكون بوسع المشرع العادى تعديل أية قاعدة دستورية أو الخروج عليها إلا من خلالها.

ومن غير شك فإنه يترتب على جمود الدستور نتيجة لازمة هى إن قواعد الدستور تكون أسمى وأعلى مرتبة من قواعد القوانين العادية، مما يوجب فرض الرقابة على هذه القوانين العادية لضمان التزامها بالقيود الواردة فى الدستور إلا أن هذه النتيجة يمكن ترتيبها أصلاً على مبدأ سمو الدستور شكلاً وموضوعاً بغض النظر عن جموده من حيث وجود إجراءات خاصة لتعديله أو عدم وجود مثل هذه الإجراءات[1]، إذ يرى جانب من الفقه بحق أن مجرد تقرير رقابة على الدستورية أو تنظيم دستورى لهذه الرقابة أو النص على مبدأ سمو الدستور صراحةً أو النص على أن تقوم السلطات العامة بمباشرة اختصاصاتها على النحو المبين فى الدستور أو القسم على احترام الدستور والالتزام بأحكامه من جانب رؤساء وأعضاء السلطات الحاكمة قبل مباشرة مهامهم أو النص على عدم إمكان تعديل نصوص الدستور تعنى أن المشرع الدستورى قد اعتنق مبدأ سمو الدستور ومن ثم جموده ومع افتراض عدم النص على إجراءات محددة لتعديله فإن مجرد السمو الشكلى للدستور يرتب نتائج قانونية بالغة الأهمية على مخالفة أحكامه على رأسها بطلان الأعمال القانونية غير الدستورية[2].

---

(١) ولذلك ليس صحيحاً ما يذهب إليه البعض من أن السمو الشكلى يقتصر على الدساتير الجامدة دون غيرها راجع فى ذلك: الدكتور يحى الجمل: المرجع السابق – ص ١٠ وص ١٤.
الدكتور منير عبد الحميد: أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح – منشأة المعارف بالإسكندرية – ٢٠٠١ – ص ٨ وما بعدها.

(٢) الدكتور طعيمه الجرف: القضاء الدستورى – ١٩٩٢ – ص ١٣٠ وما بعدها.
الدكتور أمين عاطف صليبا: المرجع السابق – ص ٨٠ وهو يرى أن الرابطة بين السمو الشكلى للدستور وجموده يتمثل فى أن السمو الشكلى يفرض إجراء تعديل دستورى عندما يراد المساس بالقاعدة الدستورية، وهو ما لا يتحقق إلا مع الدساتير الجامدة التى تقرر إجراءات مميزة لتعديله.
ومؤلفنا الماثل الطبعة الأولى – ١٩٨٥ – ص ١٦٢ وما بعدها.

ومن ناحية أخرى، يمكن للقاضي بالنسبة للدستور المرن، أن يقرر عدم جواز تعديل أو الغاء أحد نصوص هذا الدستور إلا بذات الإجراءات التى تم إقراره عن طريقها، وذلك وفقاً لقاعدة تقابل الأشكال والإجراءات، ومن المفترض فى الدساتير الحديثة أنها من وضع الشعب عن طريق الاستفتاء أو الجمعية التأسيسية أو كلاهما، ومن ثم فإن الدستور المرن لا يجوز تعديله إلا عن طريق نفس السلطة وبذات الإجراءات التى أدت إلى إقراره.

ولا شك فى أن سمو الدستور سيكون كلمة بلا معنى إذا كان من الممكن انتهاكه من جانب السلطة التشريعية، وكان من غير الممكن إخضاع ما تصدره من قوانين للرقابة على دستوريتها، ومبدأ المشروعية ينطوى فى الواقع على حقيقة هامة، وهى أنه لا توجد سلطة تحكمية فى الدولة، فالسلطات العامة تحكم ولا تتحكم، وكل هيئة من الهيئات العامة تملك جانب من سلطة الدولة، لا تستطيع كقاعدة عامة أن تتصرف وتضع قاعدة قانونية إلا عندما تخولها ذلك قاعدة قانونية أعلى ولذلك فإن السلطة بطبيعتها مقيدة وليست مطلقة وإلا تحولت إلى تسلط.

وتأكيداً لما تقدم تقول المحكمة الدستورية العليا "إن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فى الدولة، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة، وإهدار ما يخالفها من تشريعات ... بغية الحفاظ على مبادئه (أى الدستور) وصون أحكامه من الخروج عليها"[١].

وقد سبق أن أكدت المحكمة العليا حتمية الرقابة على دستورية القوانين بقولها "إن مبدأ الشرعية وسيادة القانون وهو المبدأ الذى يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده فى كافة أعمالها وتصرفاتها، هذا المبدأ لن ينتج أثره إلا بقيام مبدأ آخر يكمله ويعتبر ضرورياً مثله، لأن الإخلال به يودى

(١) حكمها فى ٤ مايو ١٩٨٥ سالف الإشارة.

بمبدأ المشروعية ويسلمه إلى العدم، ذلك هو مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين من جهة، وعلى مشروعية القرارات الإدارية من جهة أخرى، لأن هذه الرقابة القضائية هى المظهر العملى الفعال لحماية الشرعية، فهى التى تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هى تجاوزت تلك الحدود، وغنى عن البيان أن أى تضييق فى تلك الرقابة ولو اقتصر هذا التضييق على دعوى الإلغاء، سوف يؤدى حتماً إلى الحد من مبدأ الشرعية وسيادة القانون، ولذا يتعين أن تقف سلطة المشرع إزاء حق التقاضى عند حد التنظيم فلا تجاوزه إلى الحظر أو الإهدار"[١].

وعليه فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن "الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، تجد أساسها – كأصل عام – فى مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة له"[٢].

وتأسيساً على ذلك يتعين على السلطة التشريعية الالتزام بأحكام الدستور نصاً وروحاً وأن تستهدف من أعمالها تحقيق غايات المجتمع وأهدافه الحقيقية، وفى هذا الإطار، يجب أن تكون السلطة التشريعية خاضعة لرقابة خاصة ساهرة وإن كان من البديهى أن مثل هذه الرقابة لا قيمة لها إلا إذا نظمت على وجه الدقة والفعالية.

ولعل أهم القيود التى ينبغى على السلطة التشريعية وضعها نصب عينيها، هى ضرورة استخدام اختصاصاتها لتحقيق الأهداف المبتغاة من منحها تلك الاختصاصات، فالسلطة عندما تخول لعدد من الأشخاص لا تكون مقيدة فقط بالأساليب، ولكن أيضاً بالنسبة للأهداف التى ترمى إليها، وإذا كان الدستور

---

(١) حكمها فى ١٩٧٦/٤/٣ دعوى رقم ١١ لسنة ٥ق عليا دستورية، المجموعة – القسم الأول – ص ٤٤٢.
(٢) حكمها فى ١٩٩٣/٦/١٩ قضية ١٠ لسنة ١٤ق. دستورية.

يكتفى بأن يحدد للسلطة التشريعية أساليب ممارسة اختصاصها، فإن القاعدة العامة أن نشاط كل سلطة عامة يلزم أن يستهدف الصالح العام، الذى يتحدد وفقاً لظروف المجتمع الذى تنشا فيه هذه السلطة والمحيط الذى يواجهها.

إن كل تشريع يجب أن يترجم مطالب المجتمع حتى يمكنه أن يحقق الاستقرار والأمن الذى تستوجبه الحياة الاجتماعية وتبتغيه من القوانين، ومن ثم يلزم أن تمارس السلطة التشريعية اختصاصاتها التشريعية بروح المسئولية عن تنظيم المجتمع وتحقيق الصالح العام لأفراده.

المبحث الثانى
بطلان الأعمال الإدارية غير المشروعة

يترتب على مخالفة الإدارة لمبدأ المشروعية وخروجها على أحكام القانون بطلان عملها سواء كان عملاً مادياً أو كان عملاً قانونياً، فيؤدى بطلان العمل المادى إلى إنهائه وإزالة آثاره وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوعه أو على الأقل الالتزام بالتعويض عن الأضرار التى ترتبت عليه، كما يؤدى بطلان العمل القانونى والحكم بالغائه إلى زوال هذا العمل وما ترتب عليه بأثر رجعى.

ويتمسك فقه القانون العام بالتفرقة بين ثلاث درجات من البطلان[1]:

١ـ الانعدام:

وهو جزاء تخلف ركن أساسى من أركان التصرف القانونى الذى لا يتصور له وجود بدونه، بحيث يكون من شأن تخلف هذا الركن أن ينحدر به إلى حد العدم، فلا تلحقه الإجازة أو التصحيح كما لا يتقادم فضلاً عن حق كل صاحب مصلحة فى عدم الاعتراف بالتصرف وعدم تنفيذه تلقائياً[2].

---

(١) يتجه فقه القانون الخاص حديثاً إلى الأخذ بتقسيم ثنائى يميز فيه بين البطلان المطلق ويشمل فكرة الانعدام من ناحية، والبطلان النسبى من ناحية أخرى.

(٢) الدكتور مصطفى كمال وصفى – انعدام القرارات الإدارية – مجلة مجلس الدولة – السنة ٧ – ص ٢٦١، وهو يرى أن أركان القرار الإدارى هى: الإرادة والمحل والسبب.

والراجح فقهاً وقضاءً أن الانعدام يتحقق أيضاً بشأن القرارات الإدارية إذا أصابها عيب جسيم وواضح، تخرج بسببه الإدارة بصفة نهائية عن نطاق وظيفتها المخصصة لها بحكم الدستور والقانون، ففى هذه الحالة يتجرد القرار من صفته الإدارية، ويخرج بالتالى من نطاق القانون الإدارى، أى أن يكون بمثابة التصرف المنعدم فى مفهوم أحكام هذا القانون[(١)]، ولذلك نطلق عليه اصطلاح "الانعدام الحكمى" فى مقابل "الانعدام الحقيقى" للصورة السابقة.

ويترتب على انعدام القرار الإدارى ما يلى[(٢)]:

١- القرار المنعدم يفقد صفته الإدارية لافتقاده مقومات القرار الإدارى ويتحول إلى مجرد عمل مادى شبيه بالأعمال الصادرة عن الأفراد ومن ثم يكون منعدم الأثر قانوناً فلا يؤثر على المراكز القانونية للأفراد.

٢- لكل صاحب مصلحة أن يتمسك بالانعدام دائماً، لأن القرار المعدوم لا يكون قابلاً للتنفيذ المباشر، فهو مجرد عقبة مادية فى سبيل استعمال ذوى

---

(١) الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف – مبدأ المشروعية ص ٢١٨، وفى رأيه أن الإرادة فقط هى الركن الأساسى الذى يؤدى تخلفه إلى انعدام القرار الإدارى – أنظر ص ٢٤٨ وما بعدها.
راجع كذلك الدكتور طارق البوسعيدى: انعدام القرار الإدارى وفقاً لأحكام القضاء الإدارى – مجلة الحقوق – جامعة الكويت – العدد ٤ لسنة ٣٢ – ديسمبر ٢٠٠٨ – ص ١٨٥ وما بعدها.
وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٧٦/٦/٢٩ قضية ٤٠ لسنة ١٨ ق، المجموعة السنة ٢١ رقم ١٨ ص ٤٧.

(٢) أنظر فى ذلك أحكام المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٥٦/١/١٤ قضية ٣٥، ٣٦ لسنة ٢ق، المجموعة السنة ١ ص ٣٨٠، وفى ١٩٥٦/٦/١٦ قضية ٣٤٨ لسنة ٣ق، المجموعة السنة ١ رقم ١٠٩ ص ٩٠٥، وفى ١٩٦٠/١/٢ قضية ١٣٨٩ لسنة ٥ق، المجموعة السنة ٥ ص ١٣٥، وفى ١٩٦٥/٢/٢٧ القضية ١٢٥٩ لسنة ٧ق، المجموعة السنة ١٠ رقم ٧٤ ص ٧١٤، وفى ١٩٧١/١٢/١٩ قضية ٨٣٠ لسنة ١٣ق، المجموعة السنة ١٧ ص ١٠٩.
وأنظر كذلك أحكام محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٥٣/١٢/١٦ قضية ١١١٣ لسنة ٥ق، المجموعة السنة ٨ ص ٧٥١، وفى ١٩٥٣/١٢/٢١ قضية ٤١٢ لسنة ٥ق، المجموعة السنة ٨ ص ٢٩٣، وفى ١٩٥٤/١/٥ قضية ١٣١٨ لسنة ٥ق، المجموعة السنة ٨ ص ٣٨٣، وفى ١٩٧٣/٣/١ قضية ١٦٥٩ لسنة ٢٤ق، المجموعة السنة ٢٤ ص ٣٩.

الشأن لمراكزهم القانونية المشروعة، ومن حقهم التخلص من هذه العقبة المادية بوسائلهم الخاصة وإلا لجأوا إلى القضاء لتقرير انعدامه.

٣- لا يجوز تصحيح العمل المنعدم بالإجازة أو التصديق، ويجوز سحبه إدارياً دون التقيد بالمواعيد المقررة للطعن بالالغاء.

٤- يعتبر تنفيذ هذا القرار عملاً من أعمال الغصب المادية، مما يؤدى إلى تعديل قواعد الاختصاص القضائى بنظر مشروعيتها، وإجراءات رفع دعوى الالغاء بشأنها، وإلى إقرار المسئولية الشخصية للموظف المختص بتنفيذه.

٥- انعدام القرار الإدارى من النظام العام، وللمحكمة إثارة الموضوع والتصدى له من تلقاء نفسها.

ومن أمثلة القرارات الإدارية المنعدمة القرارات التى تمثل إحدى حالات اغتصاب السلطة، والقرارات التى تحمل اعتداءً صارخاً على الحريات الفردية أو على الملكيات الخاصة على خلاف الإجراءات المقررة لذلك.

- التمييز بين الانعدام الحقيقى والانعدام الحكمى:

ليس فى أحكام القضاء معيار واضح ومنضبط يمكن أن تتحدد على أساسه أحوال عدم المشروعية الجسيمة التى تصل بالقرار إلى حد الانعدام، إذ يخضع الأمر فى كل حالة لتقدير القاضى لقاعدة المشروعية ونوع المصالح التى يحميها[١].

أما بالنسبة للفقه فقد تباينت آراء الفقهاء فى هذا الصدد، فمنهم من ذهب إلى أن كل قرار يتضمن اغتصاباً للسلطة يعد قراراً معدوماً، ومنهم من اعتمد على فكرة الوظيفه الإدارية بمعنى أن القرار يكون منعدماً إذا خرج على تلك الوظيفة، واعتمد فريق ثالث على فكرة الظاهر، فالقرار الذى يكون الإخلال فيه

(١) الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف – مبدأ المشروعية ص ٢٢٥.

بالقواعد القانونية من الوضوح أو الظهور بحيث لا يدل شكله أو مظهره على صدوره من الإدارة يكون قراراً معدوماً، وفضل آخرون تقرير الانعدام إذا افتقد القرار ركناً من أركان وجوده، وهناك من الفقهاء من اكتفى بسرد حالات الانعدام على سبيل المثال دون أن يضع معياراً محدداً لها[1].

والرأى الراجح فقهاً يذهب إلى أن بطلان القرارات الإدارية لا يتصل بانعقاد القرار الإدارى، وإنما بمشروعية هذه القرارات، ومن ثم يجب أن يقوم التمييز بين البطلان والانعدام على مدى جسامة مخالفة القاعدة القانونية، فإذا كان عدم المشروعية جسيماً، فإنه يؤدى إلى انعدام القرار الإدارى، أما إذا كانت مخالفة القواعد القانونية يسيرة، فإن القرار الإدارى يكون باطلاً، وعليه فإن التمييز بين القرار المعدوم والقرار الباطل من الناحية القانونية هو فى الواقع تمييز بين المخالفة الجسيمة لمبدأ المشروعية والمخالفة البسيطة له[2].

وتعتبر المخالفة جسيمة إذا كان التصرف الإدارى يخرج على كل القواعد القانونية الموجودة بالدولة بما فى ذلك القواعد الدستورية.

وتعتبر المخالفة يسيرة إذا لم تتجاوز الإدارة بتصرفها سوى بعض القواعد الدنيا بحيث يمكن أن يستند التصرف إلى بعض القواعد العليا، بمعنى أن القرار الذى تصدره الإدارة – مخالفة به قاعدة من القواعد القانونية – لا يصير معدوماً قانوناً إلا إذا لم يجد له سنداً من القاعدة القانونية العليا فى الدولة.

---

(١) أنظر فى تفاصيل هذه المعايير رسالة الأستاذ الدكتور رمزى طه الشاعر "تدرج البطلان فى القرارات الإدارية" – طبعة ١٩٦٨ – ص ١٥٥ وما بعدها وص ١٩٩. وراجع كذلك الدكتور مصطفى كمال وصفى: مقالته سالفة الذكر بمجلة مجلس الدولة السنة ٧ ص ٢٦١ وكذلك مقالته بمجلة المحاماة السنة ٤١ عدد ٥ ص ٧٣٠، والأستاذ الدكتور طعيمة الجرف: نظرية انعدام التصرفات القانونية وتطبيقها على القرارات الإدارية، مجلة العلوم الإدارية – السنة ٣ – عدد ١ – ٦١.

(٢) الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر: المرجع السابق ص ١٩٧ وما بعدها، وكذلك مقالته: بطلان القرارات الإدارية – مجلة العلوم الإدارية – السنة ١٠ – العدد الأول – ١٩٦٨ – ص ١٦٤ وما بعدها. وأيضاً الأستاذ الدكتور عبد الفتاح حسن: انعدام القرار الإدارى – مجلة العلوم الإدارية – السنة ٢ – عدد ٢ – ١٩٦٠ – ص ١٧١.

وتطبيقاً لذلك يترتب الانعدام بالنسبة للقرار الإدارى إما لانتفاء صفة عضو السلطة الإدارية عن مصدر القرار (اغتصاب السلطة)[1]، أو لمخالفة موضوع القرار للقواعد القانونية العليا فى الدولة، أى القواعد الدستورية، مثل المساس بحقوق حظر الدستور المساس بها أو اتخاذ السلطة الإدارية لقرار فى مسألة من اختصاص إحدى السلطات الأخرى فى الدولة، أو اتخاذ إحدى الهيئات لقرار فى مسالة من اختصاص هيئة إدارية أخرى قرره الدستور لها.

وفى تقديرنا أن معيارى اغتصاب السلطة والوظيفة الإدارية هما فى الواقع محاولات لتحديد حالات انعدام القرار، وليست معايير تمييز الانعدام عن بطلان القرارات الإدارية. أما معيار الظاهر فهو معيار غير منضبط إذ يرتكز على نظرة من وجه إليه القرار الإدارى، وهى نظرة شخصية تؤدى إلى التحكم فى تحديد درجة البطلان أو الانعدام فى القرار الإدارى.

ويبدو لنا أن معيارى التمييز بين أركان انعقاد القرار الإدارى وشروط صحته، أو بالأحرى معيار تخلف الأركان، مع معيار التمييز بين المخالفة الجسيمة لمبدأ المشروعية والمخالفة البسيطة له، هما الأقرب إلى المنطق والمعقول.

وفى هذا الصدد فإننا لا نرى عيباً فى الجمع بين المعيارين معاً، فمعيار تخلف الأركان يتصل بالانعدام الحقيقى ولا يعيبه أنه جاء قياساً على النظام القانونى للعقد فى القانون الخاص، إذ أنه إذا ثبتت صلاحية نظام ما فى القانون الخاص عند تطبيقه على روابط القانون العام، فليس فى الأخذ بهذا النظام أى مجال للنقد، فإذا كان للعقد فى القانون الخاص أركاناً لا يوجد بدونها، وشروط صحة إذا تخلفت أدى ذلك إلى جواز إبطاله دون إنكار وجودة، فإن للقرار الإدارى – فى تقديرنا – كتصرف قانونى أركان إذا تخلفت لم يوجد القرار أو

(١) أى اغتصاب الوظيفة الإدارية أو اغتصاب سلطة إصدار القرارات الإدارية.

انعدم القرار بلغة فقه القانون العام، أما شروط صحة أو بالأحرى مشروعية القرار الإدارى فهى أمر مختلف إذ تتعلق بقرار موجود وليس منعدم الوجود.

والأصل أن للإدارة إصدار القرار الإدارى للتعبير عن إرادتها على الوجه الذى تراه ملائماً لذلك، غير أن المشرع دائماً ما يفرض على الإدارة بعض القيود عند ممارستها لسلطة إصدار القرار الإدارى، هذه القيود هى التى تمثل شروط صحة القرار أو مشروعيته، وهى لا تتماثل بالنسبة لكافة القرارات الإدارية بصدد جميع عناصرها، وبالتالى فإن هذه الشروط تختلف من قرار لآخر – على خلاف الأركان – وذلك بحسب ما إذا كان المشرع قد فرض شرطاً معيناً بصدد أحد عناصر القرار، أم أنه فضل أن يترك للإدارة سلطة تقديرية فى صدد هذا العنصر.

وعليه فإنه وفقاً لمعيار تخلف الأركان، يكون القرار الإدارى منعدماً أى منعدم الوجود، ومن ناحية أخرى إذا بلغت مخالفة الشروط الموضوعية التى فرضها المشرع على عناصر القرار الإدارى درجة من الجسامة لا يكفى معها ترتيب البطلان على مثل هذا القرار وبالتالى يحق للقضاء إعدامه فيكون فى هذه الحالة معدوماً وليس منعدماً، وإن كانت الآثار المترتبة على الإعدام والانعدام واحدة فى كلتا الصورتين.

تبقى إذن مشكلة التمييز بين أركان القرار الإدارى وشروط صحته، أو بالأدق العناصر التى يمكن للقانون أن يقيد الإدارة بشأنها. وهنا فإننا نرفض الاتجاه الذى ينكر هذا التمييز أصلاً والذى يرى أن جميع "عناصر" القرار الإدارى ذات مرتبة واحدة، باعتبارها جميعاً من أركان انعقاد القرارات الإدارية[1].

---

(1) E. DESGRANGES, Essai Sur La nation de voie de fait en droit adminstratif, Thèse, Poitiers, 1937, P. 98 et s.

كما أن انتقاد هذا المعيار بعدم اتفاقه مع قضاء مجلس الدولة المصرى بصدد تعريف القرار الإدارى، حيث لم يفرق فيه المجلس بين شروط انعقاد القرار الإدارى وشروط صحته[١]، هو انتقاد يوجه إلى مسلك مجلس الدولة فى تعريف القرار الإدارى، وليس لمعيار التمييز بين أركان الانعقاد وشروط الصحة.

وترتيباً على ما تقدم فإننا نرى أن للقرارات الإدارية أركاناً يلزم توافرها لانعقاده، تختلف عن العناصر التى تتكون منها هذه القرارات والتى يمكن للقانون أن يقيد الإدارة بصددها كلها أو بعضها، ومن ثم تمثل هذه القيود شروط صحتها أو مشروعيتها، فإن لم يتدخل القانون بشأن بعض هذه العناصر، كان للإدارة بشأنها سلطة تقديرية[٢].

فأما عن أركان وجود القرار الإدارى، فهى فى تقديرنا تتمثل فى ركن وحيد هو ركن الإرادة. أى إرادة السلطة الإدارية فى إحداث أثر قانونى معين. ولذلك فإننا نرى أنه يمكن تعريف القرار الإدارى بالإشارة إلى هذا الركن فقط فيكون القرار الإدارى هو "تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية فى إحداث أثر قانونى معين"[٣].

ويتضح من هذا التعريف أنه يشترط فى الإرادة كركن لانعقاد القرار الإدارى ووجوده الشروط التالية:

---

(١) الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر: مقالته سالفة الإشارة – ص ١٦٣.

(٢) راجع فى تفاصيل ذلك مؤلفنا: القضاء الإدارى – الطبعة الثالثة – ٢٠٠٢ – ص ٢١٠، وقضاء الملاءمة – الطبعة الثانية – ٢٠١٠ – ص ٤٦.

(٣) من الفقهاء من يرى أن للقرار الإدارى أركان ثلاثة هى: الإرادة والمحل والسبب – راجع الدكتور مصطفى كمال وصفى: المقال سالفة الذكر – ص ٢٦١ والأستاذ الدكتور عبد الفتاح حسن: المقالة سالفة الذكر – ص ١٨٥. فى حين يتجه الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف بحق إلى أن الإرادة فقط هى الركن الأساسى فى القرار الإدارى – راجع مؤلفه سالف الذكر: مبدأ المشروعية ... ص ٢١٨.

أ- أن يكون القرار تعبيراً عن الإرادة المنفردة للإدارة، وهو ما يؤدى إلى استبعاد "العقود" من مجال القرارات الإدارية.

ب- أن يكون القرار تعبيراً عن إرادة سلطة إدارية، مع ملاحظة أننا لا نقصد بتعبير "السلطة الإدارية" معناها العضوى فحسب، وإنما أيضاً معناها الموضوعى، ومن ثم تستبعد من دائرة القرارات الإدارية:

- تصرفات الأفراد العاديين الذين لا صلة لهم بالسلطة الإدارية[1].
- تصرفات السلطتين التشريعية والقضائية وغيرهما من الهيئات الأخرى مثل الأحزاب السياسية والتنظيمات السياسية الشعبية، والأشخاص المعنوية الخاصة، والهيئات الدبلوماسية والمنظمات الدولية الأجنبية.
- تصرفات ممثلى السلطة الإدارية بوصفهم أفراداً عاديين.
- تصرفات السلطة التنفيذية بصدد ممارسة وظيفتها الحكومية[2].

ج- أن يكون القرار تعبيراً عن الإرادة فى إحداث أثر قانونى معين، وهو ما يؤدى إلى استبعاد كافة الأعمال المادية من نطاق القرارات الإدارية، مع مراعاة أن المقصود بهذا الشرط أن يكون من شأن القرار الإدارى إحداث أثر قانونى معين، أياً كان هذا الأثر من حيث محتواه أو مضمونه، إذ أن مضمون أو محتوى الأثر القانونى للقرار الإدارى يمثل عنصر المحل فى القرار، ولا علاقة لركن الإرادة به.

---

(١) مع مراعاة نظرية الموظف الفعلى وآثارها فى هذا الصدد.

(٢) وهى التى نطلق عليها "أعمال الحكومة" ويطلق عليها الفقه فى مصر "أعمال السيادة" - راجع مؤلفنا: أصول القانون الإدارى - طبعة ٢٠٠٤ - ص ٤٠٩.

أما عن عناصر القرار الإدارى التى قد يتدخل المشرع فيفرض فى شأنها بعض الشروط الموضوعية، ومن ثم تؤدى مخالفة أحد هذه الشروط إلى عدم مشروعية القرار وقابليته للالغاء أو البطلان نتيجة العيب القانونى الذى شاب هذا العنصر الذى يتعلق به الشرط المشار إليه، فهى تتمثل فى عناصر: الشكل والاختصاص والسبب والمحل والغاية.

فعنصر الشكل ويقصد به المظهر الخارجي الذى تسبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها والإجراءات التى تتبع فى إصداره، الأصل فيه تمتع الإدارة بحرية التقدير، ما لم يلزمها القانون بشكل محدد أو إجراءات معينة. وفى هذا الصدد لا يتصور انعدام القرار الإدارى إلا إذا تمثلت المخالفة فى إهدار إجراءات جوهرية تمثل ضمانات لا غنى عنها لحماية حقوق وحريات الأفراد. وعلى العكس فإن الشكل أو الإجراء غير الجوهرى أو الثانوى لا يؤدى إلى بطلان القرار ولا يؤثر على شروط صحته، كما استقر على ذلك القضاء الإدارى فى مصر.

وعنصر الاختصاص أى صلاحية موظف معين أو جهة إدارية محددة فى اتخاذ قرار إدارى معين تعبيراً عن إرادة الإدارة، يعد من النظام العام ولذلك فإن مخالفته تؤدى حتماً إلى بطلان القرار الإدارى. وهنا يلزم أن نشير إلى أن الفقه والقضاء يخلطان كثيراً بين عنصر الاختصاص وركن الإرادة فيما يتصل بالعيوب التى تلحق بهما إذا تمثل العيب فى اغتصاب سلطة عامة لاختصاصات السلطة الإدارية أو العكس، فيعتبران أن عيب الاختصاص إما أن يكون جسيماً (تعبيراً عن اغتصاب السلطة) أو بسيطاً (تعبيراً عن عيب الاختصاص أو بالأحرى عيب عدم الاختصاص بمعناه الفنى الدقيق).

والواقع أن عيب اغتصاب السلطة هو عيب يشوب ركن الإرادة فى القرار الإدارى، وذلك لأنه يعنى تعبير أو إفصاح غير السلطة الإدارية عن

إرادة السلطة الإدارية، ومن ثم فإن هذا العيب يؤدى إلى انعدام القرار الإدارى لتخلف إرادة السلطة الإدارية.

أما عيب عدم الاختصاص بمعناه الحقيقى فإنه يعنى أنه فى داخل السلطة الإدارية حيث تتوزع الاختصاصات بين موظفى الإدارة أو الجهات الإدارية المختلفة داخل الإدارة، ومن ثم إذا اعتدى موظف أو اعتدت جهة إدارية على اختصاص موظف آخر أو جهة إدارية أخرى، فإنه يلحق بالقرار الإدارى المتصل بهذا الاختصاص عيب عدم الاختصاص، وهو عيب لا يتصل بركن الإرادة لأن هذا القرار أيضاً تعبير عن إرادة سلطة إدارية، ولكنه عيب يتصل بعنصر الاختصاص بوصفه من العناصر التى إذا شابها عيب فإنه يؤدى إلى قابليَة هذا القرار للالغاء لعدم مشروعيته، وذلك لمخالفته القواعد القانونية التى تحدد وتوزع الاختصاصات أو صلاحيات موظفى السلطة الإدارية فى ممارسة الأعمال الإدارية.

وبالنسبة إلى عنصر السبب، ويقصد به مجموعة العناصر الواقعية والقانونية التى تسمح للإدارة بالتصرف واتخاذ القرار التأديبى، ففى تقديرنا أن انعدام الاسباب أو استناد الإدارة إلى أسباب غير مشروعة، يؤدى إلى عدم مشروعية القرار وقابليته للالغاء أو البطلان دون الانعدام.

أما عن عنصر المحل والذى يتمثل كما أشرنا فى مضمون الأثر القانونى للقرار، وهو أمر يختلف عن اشتراط أن يكون من شأن القرار إحداث أثر قانونى معين وهو أحد شروط الإرادة ركن القرار الإدارى الوحيد، فإنه يشترط لمشروعيته – أى محل القرار الإدارى – أن يكون جائزاً وممكناً قانوناً وإلا كان مخالفاً للقانون. فإذا كانت هذه المخالفة جسيمة كما لو تمثلت فى مخالفة للقواعد الدستورية أو لأحكام الشريعة الإسلامية القطعية، فإن ذلك يؤدى إلى انعدام القرار الإدارى فيعتبر معدوماً، أما إذا لم تصل المخالفة إلى حد الجسامة

كما لو اقتصرت على مخالفة قواعد تشريعية أو لائحية أو عرفية، فإن القرار يكون فقط قابلاً للالغاء أو البطلان[1].

وأخيراً فإنه بالنسبة لعنصر الهدف أو الغاية النهائية التى تسعى الإدارة إلى تحقيقها من اتخاذ القرار الإدارى، فإنه يمكن تطبيق نفس القاعدة بحيث تؤدى المخالفة الجسيمة لهذا العنصر إلى انعدام القرار الإدارى فى حين تؤدى المخالفة اليسيرة إلى بطلانه، مع مراعاة أن إثبات هذا العيب فى حد ذاته أمر صعب للغاية[2].

٢ـ البطلان المطلق:

وهو يلحق بالتصرف القانونى الذى تتوافر له أركان انعقاده ولكنه يصدر بالمخالفة للشروط الموضوعية التى يقررها القانون بصدد عناصر القرار الأخرى، على صورة تجعل هذه المخالفة وإن لم تؤثر فى وجود التصرف فإنها تكون ذات مساس بمشروعيته قانوناً.

وتحتل صورة البطلان المطلق فى القانون العام، مكان الصدارة من حيث تحققها والآثار التى تترتب عليه، وعلة ذلك أن القواعد المتعلقة بمشروعية أعمال الإدارة فى القانون العام ترمى أساساً إلى حماية المصالح العامة المرتبطة بمبدأ المشروعية وسيادة القانون، وهو ما يجعل مخالفتها سبباً فى البطلان المطلق.

فالقرار الإدارى يكون غير مشروع ومحلاً للالغاء إذا أصابه عيب وقف عند التأثير على أحد الشروط القانونية المقررة لصحة أحد عناصره، وتأسيساً على ذلك فإنه إذا توافر ركن الإرادة فى القرار الإدارى، ولكن اختلت أحد أو بعض شروط صحته وهى الشكل والاختصاص ومطابقة القانون فى

---

(١) راجع فى هذا الرأى الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر: مقالته سالفة الإشارة – ص ١٧٠ وما بعدها.

(٢) ومن ثم فإن إثبات جسامته أمر أشد صعوبة.

محل القرار وسببه وابتغاء المصلحة العامة، كان القرار باطلاً بطلاناً مطلقاً، بمعنى أن عيوب الشكل أو عدم الاختصاص أو مخالفة القانون أو التعسف فى استعمال السلطة، إنما هى مراجع للطعن بالبطلان فى القرار الإدارى.

من ناحية أخرى يضاف فى تقديرنا إلى عناصر القرار الإدارى الخمسة المشار إليها كمراجع للطعن ببطلان القرار، مسألة العلاقة بين العناصر الداخلية للقرار أى عناصر السبب والمحل والغاية، وذلك إذا ارتبطت هذه العلاقة بالسلطة التقديرية للإدارة باعتبار أن هذه السلطة هى أمر يتصل بتطبيق القواعد القانونية، وأن ممارستها إنما تتم فى إطار القانون الذى يحكم النشاط الإدارى، فهى ليست سوى وسيلة لوضع هذا القانون موضع التنفيذ على أكمل وجه تبعاً للظروف المختلفة، ومن ثم فهى سلطة قانونية لا يجوز للإدارة أن تتخذها وسيلة لمخالفة القانون وإهدار المشروعية، أو الخروج على الغاية التى استهدف القانون تحقيقها من تخويل الإدارة تلك السلطة، وهى الملاءمة بوصفها الهدف الذى من شأنه تحقيق المصلحة العامة المبتغاة من هذه السلطة، وعليه فإن عدم تحقق الملاءمة نتيجة مباشرة السلطة التقديرية، يعنى أن هذه المباشرة لتلك السلطة قد تمت على نحو غير سليم أو بالأحرى غير مشروع، وبالتالى تكون الإدارة قد أخطأت فى تطبيق القانون، ومن ثم يشوب قرارها فى هذه الحالة عيب مخالفة القانون، مما يحق للقضاء معه أن يحكم ببطلان هذا القرار وإلغائه لعدم مشروعيته.

وفى تقديرنا أن تخلى المشرع عن تقييد الإدارة فى مسألة ما عمداً أو عجزاً لا يستتبع بالضرورة تخلى القضاء عن الرقابة على مشروعية قرار الإدارة بشأنها، وذلك بمطابقته لمجموعة من المبادئ القانونية العامة التى يمكن أن تحكم العلاقة بين عناصر السبب والمحل والهدف، وهى العلاقة التى تعد المجال الحقيقى لتحقيق الملاءمة فى القرار الإدارى، مثل مبدأ التناسب الذى يتصل بالعلاقة بين عنصرى السبب والمحل، ومبدأ المعقولية الذى يحكم العلاقة

بين عنصرى السبب والغاية، ومبدأ ضرورة الإجراء والتوازن بين المنافع والأضرار الذى يتعلق بالعلاقة بين عنصرى المحل والغاية[١].

وقد استقر القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر، على أنه بالنسبة للقرار الإدارى الذى شابه البطلان، فإنه – على خلاف القرار المنعدم – إذا مضى وقت معقول على إصداره ونفاذه دون أن يطعن فيه أصحاب المصلحة أمام القضاء مطالبين بالغائه، ودون أن تلجا الإدارة إلى سحبه، فإن القرار يعتبر فى ذاته سليماً مرتباً لآثار القرار غير المشروع من لحظة صدوره، فيزول ما لحقه من عيوب ويكتسب حصانة بمضى المدة ولا يجوز المساس به سواء بالغائه أو سحبه.

وتعتبر هذه الحصانة فى جوهر الأمر استثناءً حقيقياً على مبدأ المشروعية وسيادة القانون، فالأصل وفقاً لمقتضى هذا المبدأ أن القرار الباطل الذى صدر مخالفاً للقانون لا يتمتع بتلك الحصانة مهما طال عليه الوقت، ومن ثم يجوز الطعن بالغائه أمام القضاء دون التقيد بميعاد معين، كما يمكن للإدارة سحبه والرجوع فيه فى كل وقت إعمالاً لسيادة القانون.

ومع ذلك فإنه نظراً لاعتبارات تتعلق بضرورة استقرار الحقوق والمراكز الشخصية التى تنشأ للأفراد من تلك القرارات المخالفة للقانون، فقد استقر الأمر على تحصين القرارات الإدارية المشوبة بالبطلان بمرور مدة معينة، إذ يولد مرور هذه المدة ثقة مشروعة لدى الأفراد فيما يترتب عليه من مراكز، وينشئ للأفراد حقوقاً مشروعة يجب حمايتها، ولذلك فإن مرور تلك المدة، وهى شهرين فى فرنساً وستين يوماً فى مصر من تاريخ نشر القرار أو إعلانه، يكسب القرار الصفة المشروعة والحصانة ضد الالغاء والسحب، فيصلح بالتالى أساساً لإصدار كافة القرارات الأخرى التى يجب أن تترتب

(١) راجع فى تفاصيل ذلك مؤلفنا: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة – الطبعة الثالثة – ٢٠١٠.

عليه، فالقرار الباطل بترقية موظف ما، يعد أساساً صالحاً لإصدار قرار منح هذا الموظف علاوة الترقية، وذلك إذا ما تحصن القرار الأول، كما يمكن أن يكون أساساً لترقية الموظف فيما بعد إلى الدرجة التالية.

٣ـ البطلان النسبى:

هو جزاء يلحق التصرف القانونى الذى تصيبه بعض العيوب الخاصة بالأهلية أو الرضا، وهو بطبيعته لا يؤدى إلى بطلان التصرف تلقائياً وبقوة القانون، وإنما يبقى التصرف صحيحاً منتجاً لآثاره المقررة حتى يقضى عليه بالبطلان.

ويعتبر مجال البطلان النسبى فى القانون العام محدود جداً حيث يوجد اتجاه بأنه لا مجال فى القانون العام للبطلان النسبى كجزاء على مخالفة الإدارة لمبدأ المشروعية[١].

ومع ذلك فإن البطلان النسبى يتحقق فى القانون العام وخاصة فى نطاق التصرفات الاتفاقية كالعقود الإدارية حين يصيبها أحد عيوب الرضا، كما يتحقق فى نطاق القرارات الإدارية متى كانت القاعدة المدعى بمخالفتها قد تقررت لحماية مصلحة الإدارة أو المرفق العام ذاته، ففى هذه الحالة يكون التصرف معيباً وقابلاً للبطلان، ولكن البطلان هنا يتقرر لصالح الإدارة فلا يستطيع الأفراد الاستفادة منه[٢].

غير أنه يبقى صحيحاً أن مجالات البطلان النسبى وحالاته فى القانون العام تعتبر أضيق كثيراً من حالات البطلان المطلق على خلاف الأمر فى القانون الخاص.

---

(١) الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر: المرجع السابق ص ٥٠ وما بعدها، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٢) الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية سالف الذكر ص ٢٠٩ ــ ٢١٠.

ومن الناحية العملية، لا يوجد فرق فى النتائج التى تترتب على كل من نوعى البطلان الذى يشوب القرار الإدارى، فيما عدا تحديد من له حق رفع دعوى الإلغاء، إذ لا يجوز فى البطلان النسبى رفعها إلا من الجهة التى تقررت لمصلحتها القواعد المدعى بمخالفتها، وفى هذا الصدد فإن من شأن شرط المصلحة فى دعوى الإلغاء أن يتولى تحديد هذه الجهة.

الفصل الثانى

ضمانات تحقيق النتائج المترتبة على تدرج القواعد القانونية

تبين لنا مما سبق أن مقتضى مبدأ المشروعية، بطلان التصرفات الصادرة من أية سلطة عامة على خلاف ما تقضى به القواعد القانونية الأعلى الملزمة، وذلك استناداً إلى تدرج هذه القواعد وما يترتب عليه من نتائج.

بيد أن هذا البطلان الذى يلحق التصرف المخالف لمبدأ المشروعية، يحتاج عملاً إلى جملة ضمانات تكفل ترتيب النتائج التى ترتبط به والتى يكون من شأنها التوصل إلى إعفاء الأفراد ممن يوجه إليهم التصرف الباطل مما قد يحملهم به من التزامات أو ما قد يفرض عليهم من قيود على خلاف القانون.

والأصل فى الدولة القانونية، أن الفرد لا يستطيع أن يقاوم تنفيذ أوامر السلطة العامة إذ يتعين عليه الخضوع لهذه الأوامر وتنفيذها وعدم اقتضاء حقوقه بنفسه، وإنما عليه أن يلجا إلى سلطة عامة تقرر له هذه الحقوق وتوفر السند الذى يمكنه به اقتضاء هذه الحقوق على وجه يعتد به شرعاً، لذلك كانت أهم الضمانات القانونية المقررة لتحقيق مبدأ المشروعية تدور حول تنظيم الوسائل الشرعية التى يمكن للأفراد عن طريقها أن يطعنوا ضد أوامر السلطة العامة بقصد التخلص منها ومن آثارها وذلك أمام الهيئات العامة المتخصصة فى نظر مثل هذه الطعون أو التظلمات.

ومن ناحية أخرى، فإنه ولئن كان من المتعذر فرض الجزاءات المباشرة عن طريق القوة الجبرية على السلطات العامة بهدف حماية القواعد القانونية من احتمال انتهاكها من جانب هذه السلطات، فلا أقل من تقرير بعض الضمانات التى تسمح بكفالة توقيع نوع من الجزاءات غير المباشرة عليها حتى يتحقق فعلاً قيام الدولة القانونية على أساس المشروعية وسيادة القانون.

وهكذا تبلورت الضمانات الجوهرية لإقرار مبدأ المشروعية وتحقيق تدرج القواعد القانونية فى تنظيم وسائل الرقابة السياسية والإدارية والقضائية على أعمال السلطات العامة. وتطبيقاً لذلك فإن تنظيم الرقابة على دستورية القوانين لضمان التزامها بأحكام الدستور، علاوة على تنظيم الرقابة على مشروعية اللوائح لضمان التزامها بأحكام الدستور والقوانين، يعد أقوى الضمانات التى تحقق تدرج القواعد القانونية وتؤكد قيام دولة المشروعية وسيادة القانون.

المبحث الأول

تنظيم الرقابة على الدستورية

إذا كان تدرج القواعد القانونية يقتضى سمو القواعد الدستورية على القواعد التشريعية واللائحية. فإن عدم الرقابة على دستورية القوانين واللوائح يخل حتماً بهذا التدرج وما يتبع ذلك من انتهاك لحقوق الأفراد وحرياتهم.

ومن هذا المنطلق تحرص الدول المختلفة على تنظيم الرقابة على القوانين لضمان اتفاقها مع الدستور، إلا أن هذه الرقابة تختلف من حيث الأسلوب من دولة لأخرى، ومع ذلك فمن الممكن التمييز بين أسلوبين رئيسيين لتنظيم هذه الرقابة وهما: رقابة الدستورية بواسطة هيئة سياسية، ورقابة الدستورية بواسطة القضاء، والتى قد تكون رقابة لا مركزية وتسمى رقابة الامتناع، أو تكون رقابة مركزية وتسمى فى هذه الحالة رقابة الالغاء[1].

---

(١) راجع فى ذلك: الدكتور طارق البوسعيدى - تنظيم رقابة الدستورية فى سلطنة عمان - مجلة الحقوق - جامعة البحرين - المجلد الخامس - أكتوبر ٢٠٠٨ - ص ٢٩٥ وما بعدها.

المطلب الأول

الرقابة السياسية على الدستورية

يفترض هذا الأسلوب وجود هيئة أنشأها الدستور وتكون مهمتها التحقق من مطابقة أعمال السلطات العامة وخاصة البرلمان لأحكام الدستور، وقد يبدو منطقياً أن يعهد إلى هيئة سياسية أمر حماية الدستور وكفالة سموه وسيادته، على أساس أن رقابة القانون للتأكد من التزامه بأحكام الدستور وإن كانت مسألة قانونية في موضوعها، إلا أنها سياسية فى آثارها، علاوة على أن هذه الرقابة إذا تمت بواسطة هيئة سياسية، فإنها ستكون فى الغالب رقابة وقائية وسابقه على صدور القانون، وبالتالى تكون أكثر فعالية من غيرها من صور الرقابة اللاحقة، إعمالاً لمبدأ أن الوقاية خير من العلاج.

وعليه تعنى الرقابة السياسية على دستورية القوانين أن تتم هذه الرقابة لدى جهة أو هيئة سياسية من حيث التشكيل، حتى ولو اتسمت من حيث موضوعها أو طبيعتها بالصبغة القانونية وليست السياسية. والحقيقة أن الصبغة السياسية لجهة الرقابة فى هذا الطريق يمكن ألا تكون مؤكدة، فمن المحتمل أن يتم تشكيلها من أفراد غير سياسيين، ومن غير القضاة أيضاً[1]، وذلك بصفة

---

(١) ومثالا لذلك، أنشئ فى جمهورية إيران الإسلامية فى ١٩٨٠/٧/١٧ مجلس المحافظة على الدستور تطبيقاً للمواد ٧ و٧٢ ومن ٩١ إلى ٩٩ من دستورها الصادر فى ديسمبر ١٩٧٩ وذلك ليتولى ممارسة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وكذلك الرقابة على توافق القوانين مع مبادئ الشريعة الإسلامية إضافة إلى تفسير الدستور فوفقاً للمادة ٩١ من الدستور يتم تشكيل هذا المجلس "بهدف حماية الأحكام الإسلامية والدستور من مخالفة مجلس الشورى الوطنى لهما فى كافة أعماله، ويتألف على النحو التالى:

١- ستة أعضاء من الفقهاء العدول العارفين بمقتضيات العصر وقضايا الساعة يختارهم القائد (اى مرشد الثورة) أو مجلس القيادة.

٢- ستة أعضاء من الحقوقيين من مختلف حقول القانون يختارهم المجلس الأعلى للقضاء من بين الحقوقيين المسلمين ثم يعرضون على مجلس الشورى الوطنى للموافقة عليهم". =

مستقلة سواء عن السلطة "السياسية" فى الدولة ممثلة غالباً فى البرلمان أو السلطة التشريعية وحدها، أو بمشاركة السلطة التنفيذية أو رئيس الدولة على الأقل، دون مشاركة من أعضاء السلطة القضائية فى الدولة.

ولذلك قد يكون من الأوفق أن يطلق على طريق الرقابة السياسية على الدستورية، طريق الرقابة غير القضائية، إذ لا تصح التسمية الأولى إلا فى حالة مباشرة البرلمان وهو السلطة السياسية الرئيسية كما سبق وأشرنا للرقابة على الدستورية بنفسه، وهو طريق نادر للغاية باعتبارها رقابة ذاتية تتولاها السلطة المختصة أصلاً بإصدار القوانين وهى الأعمال الرئيسية التى تخضع للرقابة على دستوريتها، مما يجعل قواعد الدستور وسموها رهناً لإرادة وأهواء أعضاء البرلمان، حيث تكون الكلمة الأخيرة الحاسمة حول دستورية العمل التشريعى للمجلس النيابى الذى باشر سن وإقرار هذا العمل بنفسه، ليجمع فى هذه الحالة بين صفتى الخصم والحكم، وهو أمر يجافى العدالة الحقة ويؤدى حتماً إلى التعسف والاستبداد.

=ووفقاً للمادة ٤ من الدستور "يجب أن تقوم كافة القوانين والمقررات المدنية والجنائية والمالية والاقتصادية والإدارية والثقافية والعسكرية والسياسية وغيرها على أساس الموازين الإسلامية وتحكم هذه المادة على الإطلاق كافة مواد الدستور والقوانين والمقررات الأخرى وتحديد هذا الأمر هو مسئولية الفقهاء فى مجلس المحافظة على الدستور (أى باستبعاد الأعضاء الحقوقيين) "وهو ما أكدته المادة ٩٦ من الدستور بقولها "تشخيص مغايرة مصادقات مجلس الشورى الوطنى لأحكام الإسلام يتم برأى أكثرية فقهاء مجلس المحافظة على الدستور، وتشخيص عدم تعارضها مع مواد الدستور يكون برأى أكثرية كل أعضاء مجلس المحافظة على الدستور. ويمارس المجلس دوره بناء على طلب من السلطات العامة وهى مجلس النواب والسلطة الإدارية وكذلك القضاء – راجع فى هذه المسألة:

- الدكتور محمد جمال عثمان جبريل: الرقابة على دستورية القوانين فى إيران – دار النهضة – ٢٠٠٢.
- الدكتور محمد سليم العوا: النظام السياسى للدولة الإسلامية – دار الشروق – ١٩٨٩ – ص ٣٠٠ وما بعدها.

وتتأسس هذه الرقابة ذات الطابع السياسى على أن طبيعة عمل السلطة التشريعية أنها سياسية، مما يستلزم كذلك أن تكون الرقابة على هذا العمل من اختصاص هيئة سياسية لتراعى الاعتبارات السياسية فى التشريع إلى جانب الاعتبارات القانونية. إضافة إلى التفسير الجامد لمبدأ الفصل بين السلطات بأنه يعنى الفصل التام المطلق بينها، مما يحول دون تدخل سلطة فى عمل أية سلطة أخرى. ولذلك تتسم هذه الرقابة بأنها أكثر اتساقاً مع وظيفة السلطة التشريعية، وبأنها رقابة وقائية سابقة، إذ لم تأخذ الدول التى أتبعت طريق الرقابة السياسية بأسلوب الرقابة اللاحقة فيها، حيث أنها تهدف أساساً إلى منع صدور أى تشريع من المجلس التشريعى المختص يكون مخالفاً لقواعد الدستور وأحكامه، ومن ثم تنصب هذه الرقابة على "مشروع" قانون لم يصدر بعد وليس له أية قوة نفاذ ملزمة، وبالتالى فهى رقابة محررة لا ترتبط بقضية معينة ينظرها القضاء.

وينتقد معظم الفقه الدستورى الرقابة السياسية بأنها تشكل خطراً سياسياً كبيراً لأن الهدف من تقرير الرقابة على دستورية القوانين هو وضع حد للنزوات السياسية والحيلولة دون طغيان إحدى الهيئات السياسية على غيرها من الهيئات إذا ما تركت وشأنها دون رقابة. ولا شك فى أن وضع مهمة الرقابة فى أيدى هيئة سياسية سيؤدى على عكس هذه النتيجة المبتغاة لأن هذه الهيئة السياسية ليست بمنجاة من الخضوع للنزوات السياسية أو التأثر بالأطماع التى يمكن أن تخضع لها الهيئات السياسية الأخرى، وبذلك يكون وضع مهمة الرقابة فى أيدى هيئة سياسية مؤدياً حتماً إلى نقل مركز الثقل فى النظام السياسى من البرلمان إلى تلك الهيئة السياسية، وتصبح هذه الأخيرة هى الهيئة العليا بين جميع الهيئات السياسية فى الدولة، سيما إذا تم تشكيل هذه الهيئة عن طريق الانتخاب الشعبى، وحتى لو تم تشكيلها بالتعيين، فسيؤدى ذلك إلى

خضوع الهيئة للسلطة التي تولت تشكيلها مما ينفي عنها صفة الاستقلال أو الحيدة في مواجهة جميع السلطات المنشأة[1].

وبالرغم مما تقدم فقد أخذت بعض الدول بهذا الأسلوب ومن بينها فرنسا.

الرقابة السياسية على الدستورية فى فرنسا:

عرفت فرنسا عديد من التجارب التي تتعلق بالرقابة السياسية على الدستورية، فقد أخذت بهذا الأسلوب من الرقابة فى دستور السنة الثامنة لإعلان الجمهورية الصادر عام ١٧٩٩ وفى دستور ١٨٥٢ وفيهما تولى مجلس الشيوخ حماية الدستور من انتهاكات الجمعية العامة أو الوطنية، وفي دستور ١٩٤٦ تم إنشاء هيئة خاصة مستقلة سميت باللجنة الدستورية تتولى الرقابة على دستورية القوانين بعد إقرارها من البرلمان وقبل إصدارها وتكررت فى دستور ١٩٥٨ الحالى حيث ينص هذا الدستور على تشكيل هيئة سياسية للرقابة على دستورية القوانين تسمى بالمجلس الدستورى.

ويتكون هذا المجلس وفقاً لنص المادة ٥٦ من الدستور من رؤساء الجمهورية السابقين كأعضاء بحكم القانون ولمدى الحياة، ومن تسعة أعضاء يقوم بتعيين ثلاثة منهم رئيس الجمهورية وبتعيين ثلاثة آخرين رئيس الجمعية الوطنية، وبتعيين الثلاثة الباقين رئيس مجلس الشيوخ وذلك لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد، ويعين رئيس الجمهورية رئيس هذا المجلس من بين أعضائه، ويكون للرئيس صوت مرجح عند تساوى الأصوات.

وقد أسند الدستور إلى المجلس الدستورى اختصاصات متنوعة يعنينا منها فى هذا الصدد اختصاصه بالتحقق من عدم مخالفة القوانين التي يقررها

---

(١) الأستاذ الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية للقانون الدستورى والنظم السياسية – ١٩٨١ – ص ٥٦، ٥٧، الأستاذ الدكتور ثروت بدوى: القانون الدستورى – ص ٨١ – ٨٣.

البرلمان للدستور فأوجب أن تعرض عليه "القوانين الأساسية" قبل إصدارها، واللوائح الداخلية للمجالس البرلمانية قبل تطبيقها لكى يقرر مدى موافقتها للدستور، كما أجاز لرئيس الجمهورية وللوزير الأول ولرئيس أى من مجلسى البرلمان، ولعدد ٦٠ عضواً من أى من مجلسى البرلمان[١]، عرض القوانين التى تم إقرارها من جانب البرلمان على المجلس الدستورى قبل إصدارها من جانب رئيس الجمهورية، وذلك لكى يقرر مدى موافقتها للدستور. ويتعين على المجلس إبداء رأيه خلال شهر من تاريخ العرض، وللحكومة أن تطلب انقاص هذه المدة فى حالة الاستعجال إلى ثمانية أيام، وتصدر قرارات المجلس مسببة وتعلن فى الجريدة الرسمية.

غير أنه يلزم مراعاة أن انحياز المشرع الدستورى فى دستور ١٩٥٨ إلى أسلوب الرقابة السياسية ليس مؤداه حتماً الأخذ بطريق الرقابة السابقة على دستورية القوانين قبل إصدارها، فمن الثابت أن فكرة الرقابة اللاحقة لم تكن غائبة وقت إعداد هذا الدستور، إذ طرحت الفكرة ولكنها رفضت من لجنة الخبراء المكلفة بإعداد المشروع التمهيدى للدستور فى ذلك الوقت، كما أن الفكرة تجدد طرحها بمناسبة تعديل الدستور فى أعوام ١٩٦٤ و١٩٧٦ و١٩٩٠ و١٩٩٣، وأخيراً وبمناسبة التعديلات الدستورية الخاصة بتحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة عام ٢٠٠٨، حيث تضمنت هذه التعديلات نحو ٢٢ مادة من مواد الدستور ومن بينها تلك الخاصة بالمجلس الدستورى، وفيها تم إسناد مهمة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين واللوائح المتعلقة بالحقوق والحريات العامة إلى المجلس، وذلك وفقاً للقانون رقم ٧٢٤ بتاريخ ٢٣ يوليو ٢٠٠٨ والذى تضمن التعديل الرابع والعشرين للدستور الفرنسى، وبذلك جمع

---

(١) وقد أعطى هذا الحق لأعضاء مجلس الشيوخ والجمعية الوطنية وفقاً لتعديل دستورى تم فى ١٩٧٤/١٠/٢٩.

المجلس الدستورى بين الرقابة السابقة على الدستورية كأصل عام والرقابة اللاحقة عليها على سبيل الاستثناء.

وعموماً يلاحظ على اختصاص المجلس الدستورى بفحص دستورية القوانين فى فرنسا ما يلى:

١- تخضع جميع القوانين كقاعدة عامة للرقابة السابقة على دستوريتها، كما تخضع بعض هذه القوانين للرقابة اللاحقة إذا لم يسبق للمجلس الدستورى فحص دستوريتها وذلك إذا كانت تتصل بالحقوق والحريات العامة أو كان موضوعها مما يندرج فى نطاق اللوائح المستقلة وفقاً للمادة ٣٧ من الدستور.

٢- لا يجوز للأفراد الالتجاء مباشرةً إلى المجلس الدستورى بهدف تحريك رقابة الدستورية لحماية حقوقهم، حيث يقتصر هذا الحق على بعض سلطات الدولة على النحو السالف ذكره.

٣- تخضع القوانين الأساسية لرقابة الدستورية بصفة إلزامية، فى حين أن الرقابة على القوانين العادية هو أمر جوازى، إذ يشترط لتحريكها أن يتم طلبها ممن لهم الحق فى ذلك.

٤- لا يختص المجلس الدستورى إلا بفحص القوانين التى يسنها البرلمان، وعلى ذلك تخرج القوانين التى يقرها الشعب عن طريق الاستفتاء من ولاية هذا المجلس، وهو ما قرره المجلس الدستورى ذاته على أساس أنه يختص بنظر القوانين البرلمانية دون سواها، ولأنه جهاز رقابة على السلطات العامة المنشأة، ولأنه لا يجوز أن يكون التعبير عن السيادة الوطنية محلاً للرقابة. وقد انتقد الفقه هذا القرار بشدة[1].

(1) C. C. 6 nov. 1962, D. 1963, 398, n. Hamon.
BURDEAU, op. cit., p. 116 t p. 588.
PREVOST, Le droit référendaire l'ordonnacement juridique de la Constitution de 1958, R. D. P. 1977, 38 – 48.

٥- علاوة على اختصاص المجلس الدستورى بفحص القوانين التى أقرها البرلمان قبل إصدارها، فإنه يمكن للحكومة أن تطلب من المجلس فحص طبيعة بعض النصوص قبل التصويت عليها من جانب البرلمان، أى عندما تكون فى مرحلة المناقشات البرلمانية، وذلك بهدف تحديد الصفة التشريعية أو اللائحية لهذه النصوص وفقاً للمواد ٣٤، ٣٧ من الدستور، التى حددت على سبيل الحصر المسائل التى لها الصفة التشريعية على نحو ما أشرنا إليه سلفاً[١].

٦- تعتبر قرارات المجلس الدستورى ملزمة للسلطات العامة ولجميع الهيئات الإدارية والقضائية، فلا تقبل الطعن فيها بأى وجه من أوجه الطعن، ومن ثم فإذا رأى المجلس الدستورى أن هناك أحكاماً مخالفة للدستور فى القانون المعروض عليه فلا يجوز إصدار هذه الأحكام ضمن مواد القانون، فإذا كانت غير قابلة للانفصال عن باقى مواد القانون فلا يجوز إصدار القانون برمته.

نخلص مما تقدم إلى أن الرقابة على دستورية القوانين فى فرنسا هى رقابة حقيقية فعالة إذ يترتب عليها بطلان القانون المخالف للدستور، ومن ثم عدم جواز إصداره أو تطبيقه، مما يمكن معه القول بأنه بالرغم من أن المجلس الدستورى هو هيئة سياسية فى واقع الأمر بسبب أسلوب اختيار أعضائه، إلا أن الدستور الفرنسى يجعل منه قاضى مطابقة القوانين مع الدستور، أو بالأحرى قاضى دستورية القوانين[٢] بسبب طبيعة اختصاصاته. وهو فى هذا الصدد يمكنه فحص دستورية القوانين إما قبل التصويت عليها وإقرارها من جانب البرلمان أو بعد إقرارها منه وقبل إصدارها من جانب رئيس الجمهورية، وإما

(١) وللمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع رسالتنا للدكتوراه سالفة الذكر ص ١٥٠ وما بعدها.

(2) BRACHET, La délimitation des domains respectif de la loi de règlement dans la constitution du 4 oct. 1958, these, Bordeaux, dact. 1965. p. 271.

بعد إقرارها وإصدارها وسريانها فعلاً إذا كان موضوعها مما يندرج في نطاق اللوائح المستقلة[١] أو كان متعلقاً بالحقوق والحريات العامة[٢].

المطلب الثانى

الرقابة القضائية على الدستورية

يتجه الفقه الغالب إلى أن القاضي بوصفه حارساً للمشروعية بين الأفراد، ينبغي أن يصبح أيضاً حارس هذه المشروعية في مواجهة سلطات الدولة.

يؤيد ذلك أن الرقابة على دستورية القوانين لها طبيعة قانونية لا تنكر من حيث موضوعها ومن حيث المسائل التى تثيرها، ولذلك فمن المنطقى أن يعهد بالنظر فى هذه المشاكل القانونية إلى جهة قضائية، يكون فيما تقدمه من ضمانات الحيدة والاستقلال ما يجعل من هذه الرقابة ضمانة أكيدة لاحترام الدستور. يضاف إلى ذلك أن هذه الرقابة هى عمل فنى من حيث موضوعها، تتطلب مؤهلات فنية وكفاءة قانونية خاصة فى القائمين به لتحديد مدى مطابقة القوانين للدستور، ولا ريب أن التكوين القانونى للقاضى يؤهله لمهمة الرقابة على دستورية القوانين، فضلاً عن أن الإجراءات القضائية بما فيها من علانية وضمانات للمناقشة والدفاع والتزام القاضى بتسبيب الحكم، كل ذلك يعتبر ضمانات كافية لحل عادل.

وعلى ذلك فإن رقابة المحاكم لدستورية القوانين هى من طبيعة عمل القاضى الملتزم بتطبيق القوانين، استناداً إلى تدرج القواعد القانونية وما يترتب عليه من ضرورة التزام القاضى بتطبيق القاعدة الأعلى عند تعارضها مع قاعدة أدنى.

---

(١) للمزيد من التفاصيل تراجع رسالتنا للدكتوراه سالفة الذكر ص ١٥٠ ـ ١٥٧.
(٢) وذلك من منطلق أن الاعتداء أو انتهاك الحقوق والحريات لا يتحصن من رقابة الدستورية مهما مضى من زمن وحتى لو كانت الإجراءات سليمة ومتبعة.

وتتنوع الرقابة القضائية لدستورية القوانين إلى أسلوبين رئيسيين، فهى إما أن تكون رقابة امتناع أو رقابة الغاء[1].

الأسلوب الأول ـ رقابة الامتناع:

بمقتضى رقابة الامتناع يمكن للقاضى أن يهمل حكم القانون غير الدستورى ويمتنع عن تطبيقه فى القضية المعروضة عليه، ويبقى القانون مع ذلك سارياً ونافذاً حكمه فى الأحوال الأخرى التى يتسنى فيها ذلك.

والغالب أن تختص كافة المحاكم بممارسة رقابة الامتناع نتيجة الدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه أثناء دعوى أصلية أمامها، وحيث أن مقتضى وظيفة القضاء وطبيعة عمل القاضى الالتزام بتطبيق جميع القواعد القانونية فى البناء القانونى للدولة، فإذا ما وقع بين هذه القواعد أو بعضها تضارب أو تعارض لا يسمح بحال من الأحوال أن تطبق جميعها معاً، تعين على القاضى أن يلجأ إلى تدرج القواعد القانونية لتطبيق القاعدة القانونية الأعلى من حيث القوة القانونية، أو بالأحرى المرتبة الإلزامية، وعليه فإنه عندما يقع التعارض بين قاعدة دستورية وأخرى تشريعية عادية أو لائحية امتنع على القاضى تطبيق القاعدة المخالفة للقاعدة الدستورية، وذلك التزاماً بهذه الأخيرة، دون أن يحكم بإلغاء القاعدة التشريعية أو اللائحية ما لم ينص الدستور ذاته على بطلان القواعد التشريعية المخالفة لقواعده وأحكامه.

وعلى ذلك لا يشترط لمباشرة الرقابة على الدستورية بواسطة القضاء أن ينص الدستور عليها أو على تنظيمها، بل على العكس فإنه يلزم – فى تقديرنا – لإتباع طريق الرقابة القضائية على الدستورية بالامتناع عن تطبيق القواعد التشريعية أو اللائحية غير الدستورية ألا يكون هناك تنظيماً تشريعياً – وخاصة بواسطة المشرع الدستورى – لمسألة الرقابة على الدستورية شريطة

(١) فى تفاصيل ذلك راجع الدكتور طارق البوسعيدى: تنظيم رقابة الدستورية ... سالف الإشارة – ص ٣١٣ وما بعدها.

أن يكون هذا التنظيم نافذاً ومعمولاً به ومرتباً للنتائج والآثار الناجمة عن تقرير عدم دستورية الأعمال القانونية المخالفة للدستور.

والغالب ألا يتدخل المشرع الدستورى فى هذا الصدد إلا بغرض تركيز الرقابة على الدستورية بين يدى جهة سياسية أو قضائية واحدة، تختص دون غيرها بمباشرة هذه الرقابة، وهو الأسلوب الذى يطلق عليه الفقه الدستورى أسلوب مركزية الرقابة، سيما فى حالة اختيار طريق الرقابة القضائية على الدستورية، وذلك بالمقابلة مع أسلوب لا مركزية الرقابة وهو أسلوب قضائى بطبيعة الحال ويعتمد على جعل مهمة الرقابة على الدستورية من شأن جميع المحاكم القضائية دون تحديد من خلال حل مشكلة التعارض بين القواعد القانونية وفقاً لتدرج القوة الإلزامية لها واستناداً إلى مبدأ سمو الدستور وجموده على النحو السالف شرحه بما مؤداه تقرير الحق للمحاكم فى الامتناع عن تطبيق أى تشريع ترى أنه مخالف للدستور أو للنظام الأساسى للدولة.

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية موطن الرقابة القضائية اللامركزية على الدستورية لعدم وجود أى نص ينظم الرقابة على الدستورية فيها، مما يمكن معه تفسير صمت الدستور عن تنظيم طريق محدد للرقابة على الدستورية بأنه إقرار لجميع المحاكم القضائية بالحق فى الرقابة على دستورية الأعمال القانونية التى يتعين تطبيقها، ومن ثم الامتناع عن هذا التطبيق إذا ثبت لديها عدم دستورية أى منها. ويؤكد ذلك – فى تقديرنا – أنه لا يوجد أى نص فى الدستور الأمريكى يمنع صراحة أو ضمناً مباشرة هذه الرقابة، بل العكس هو الصحيح وذلك إذا أمعنا النظر فى نص الفقرة الثانية من المادة السادسة من الدستور والتى تقضى بأن "هذا الدستور وقوانين الولايات الصادرة وفقاً له وكل المعاهدات المعقودة أو التى ستعقد فى ظل سلطة الولايات المتحدة ستكون هى القانون الأساسى للبلاد، ويلزم القضاة فى كل أنحاء البلاد بصرف النظر عن أى حكم مخالف فى دستور الولاية أو قوانينها".

المعاملات بصدد القانون الواجب التطبيق عليها، وعدم المساواة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، حيث تتضارب أحكام المحاكم تجاه دستورية أو عدم دستورية قانون محدد، وذلك نتيجة حصر الآثار القانونية المترتبة على مباشرة هذه الرقابة فى "امتناع" المحكمة المختصة بنظر المنازعة، عن تطبيق النص أو القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة لما ارتأته من عدم دستوريته، وذلك دون إلغائه أو المساس بقوة نفاذه أو سريانه، وبالتالى يظل قائماً قابلاً للتطبيق فى دعاوى أخرى، ومنتجاً لجميع آثار نفاذه وسريانه[١].

يضاف إلى ذلك أن مسألة الرقابة على الدستورية على قدر كبير من الخطورة، مما يصعب معه تركها لاجتهاد كافة المحاكم، وما قد يترتب على ذلك من تعارض الآراء فى تفسير النصوص الدستورية والقانونية، الأمر الذى يستوجب تركيز الرقابة على الدستورية بين يدى جهة قضائية واحدة، بيدها منفردة زمام إعمالها، حتى يتسنى لها إقامة الوحدة العضوية لأحكام الدستور وقواعده، وفقاً لما تصوغه من معايير ومناهج تهدف إلى التوازن بين المصالح والاعتبارات المثارة على اختلافها، وتحول دون تفرق وجهات النظر من حولها أو تباين مناحي الاجتهاد فيها[٢].

لذلك تتجه معظم الدول الحديثة إلى اعتناق أسلوب مركزية الرقابة على الدستورية، خاصة وأنه الأسلوب الوحيد الذى يمكن أن يفضى إلى جعل رقابة الدستورية بواسطة القضاء، رقابة بطلان أو إلغاء وليست مجرد رقابة امتناع،

---

(١) ولا يعنى ذلك عدم نجاح رقابة الامتناع بصورة مطلقة، إذ يختلف الأمر باختلاف النظم القانونية والقضائية والظروف القانونية الخاصة بكل دولة، وعلى سبيل المثال فإن هذه الرقابة لاقت نجاحاً لا ينكر فى الولايات المتحدة الأمريكية بسبب اعتناقها نظام السوابق القضائية (Common Law) الذى من شأنه تجنب مخاطر تضارب الأحكام القضائية حيث تتقيد المحاكم الأدنى درجة بأحكام المحكمة العليا – راجع فى ذلك: الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق – ص ١٤٣.

(٢) المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٩٢/١١/٧ قضية ٣٩ لسنة ٩ق. دستورية، وفى ١٩٩٣/٢/٦ قضية ٥٧ لسنة ٤ ق. دستورية.

ويكون قضاؤها فاصلاً بصفة نهائية فى أمر دستورية أو عدم دستورية ما يعرض عليها من نصوص تشريعية، متمتعاً بحجية مطلقة تجاه الكافة من أفراد وسلطات، وإن كانت هذه النتائج ليست مرتبطة حتماً بأسلوب مركزية الرقابة على الدستورية، وحيث تختلف الدول التى تعتنق هذا الطريق سواء فى تحديد الجهة القضائية المنوط بها مباشرةً هذه الرقابة أم فى تحديد وقت مباشرتها، ومن لهم الحق فى تحريك الرقابة والإجراءات المتبعة لذلك أمامها، والآثار القانونية المترتبة عليها وعلى الحكم الصادر بشأنها، وهى موضوعات يتعين علينا التعرض لكل منها بالتفصيل المناسب.

أ ـ تحديد الجهة القضائية المنوط بها رقابة الدستورية:

إذا رأت دولة ما إتباع طريق الرقابة القضائية المركزية على الدستورية، فإن الغالب الأعم ألا يترك الدستور لهذه الدولة مهمة تحديد الجهة المنوط بها مباشرة الرقابة على الدستورية للمشرع العادى، وإن كان ذلك الأمر ليس مستبعداً وهو ما تحقق – مثلاً – فى النظام الأساسى لسلطنة عمان، حيث خولت المادة ٧٠ منه مهمة تعيين الجهة القضائية التى تتولى هذا الاختصاص للقانون، ولذلك فإن السائد فقهاً أن تنظيم الرقابة القضائية على الدستورية، وهى من العناصر الرئيسية لتحقيق الدولة الدستورية ودولة القانون، يجب ألا ترتبط أو ترتهن بإرادة السلطة التشريعية العادية، وهى الجهة الأولى التى ستخضع أعمالها لتلك الرقابة، دون سواها، حتى لا تكون هذه الرقابة غير فاعلة وقاصرة عن صون حقوق المواطن وحرياته إذا جاءت القوانين الناظمة لصلاحيات القضاء الدستورى دون المستوى المطلوب لتفعيل دوره[1].

(١) الدكتور أمين عاطف صليبا: المرجع السابق – ص ٤٥.
M. Fromont, La justice constitutionnelle dans le mond, Dalloz, Paris, 1996, P. 87.

وباستقراء النظم المقارنة فى هذا الشأن نجد أن الاختيار – سواء تم بواسطة المشرع الدستورى أم المشرع العادي – سيكون بين طريقتين أو أسلوبين هما:

أولاً: إسناد مهمة الرقابة القضائية على الدستورية إلى المحكمة العليا فى الجهاز القضائى، وهو ما يصلح فى حالة وجود محكمة عليا واحدة على رأس السلطة القضائية فى الدولة، أياً كان مسماها مثل المحكمة العليا أو محكمة النقض أو محكمة التمييز أو غير ذلك من مسميات، وذلك حتى يمكن لهذه المحكمة أن تفرض على غيرها من المحاكم التى تدنوها ما تصدره من أحكام أو قضاء بشأن دستورية النصوص والقواعد التشريعية التى تثور بشأنها شائبة عدم الدستورية.

وعلى ذلك تصلح هذه الوسيلة أساساً فى الدول التى يتأسس فيها تنظيم القضاء على مبدأ وحدة القضاء، حيث توجد جهة قضائية واحدة يكون اختصاصها شاملاً لمختلف المنازعات، مثل جمهورية السودان، كما أنها تعد الوسيلة المثلى للدول الاتحادية مثل الاتحاد السويسرى والمانيا الاتحادية والإمارات العربية المتحدة، وإن كان ذلك لا يمنع من وجود دول اتحادية تفضل أسلوب الرقابة اللامركزية القضائية (رقابة الامتناع)، مثلما عليه الحال فى الولايات المتحدة الأمريكية[1].

ثانياً: إسناد مهمة الرقابة على الدستورية إلى جهة قضائية تنشأ خصيصاً لهذا الغرض، وقد تتمثل هذه الجهة فى محكمة يطلق عليها غالباً اصطلاح "المحكمة الدستورية العليا" مثل مصر والكويت، وقد تتمثل فى دائرة قضائية متخصصة ومختصة دون غيرها برقابة الدستورية، دون أن يمنع ذلك

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق – ص ١٨٥.
الدكتور محمد كامل ليلة: القانون الدستورى – ١٩٦٧ – ص ١٣٢.
G. BURDEAU, Droit Constitutionnel et L'Institutions Politiques, 1976, P. 107.

من إضافة بعض الاختصاصات الأخرى المرتبطة بهذا الموضوع إليها، مثل تفسير نصوص الدستور أو التشريعات الأخرى.

والغالب أن تلجأ الدول التى تزدوج أو تتعدد فيها الجهات القضائية المستقلة فيما بينها إلى هذه الوسيلة، خاصة وأنه سيناط بها مهمة فض التنازع الإيجابى والسلبى بين هذه الجهات، علاوة على إزالة التعارض بين الأحكام القضائية الصادرة عنها وذلك بتحديد الحكم الواجب النفاذ من بينها. والمشاهد عملاً تزايد الدول التى تعتنق هذا الطريق مثل إيطاليا وأسبانيا وتركيا ومصر، ولا يسوغ وفقاً لهذا الأسلوب لأى محكمة أخرى أن تتصدى للفصل فى المنازعة الدستورية، حتى ولو كانت محكمة عليا لإحدى هذه الجهات، ولذلك فإننا لا نوافق محكمة النقض فيما ذهبت إليه بصدد قانون الكسب غير المشروع رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥م فى القضية المعروفة للدكتور عبد الحميد حسن محافظ الجيزة الأسبق، إذ برأته محكمة النقض من التهم المنسوبة له، تأسيساً على أن المادة (٢) من هذا القانون ألقت عبء الإثبات لمشروعية مصدر ثروة الموظف العام على عاتق الموظف المتهم بتحقيق كسب غير مشروع، وهو أمر مخالف للدستور فيما نص عليه بصدد أصل البراءة، حيث قضت المحكمة بأن "الدستور قد نص على أن الأصل فى الإنسان البراءة وأن عبء الإثبات يكون على عاتق سلطة الاتهام وليس المتهم، ومن ثم فإن نص قانون الكسب غير المشروع المشار إليه يعد مخالفاً للدستور، لذلك فإن محكمة النقض لن تعمل هذا النص ولا يعد ذلك تعدياً على سلطة المحكمة الدستورية العليا المختصة بالفصل فى دستورية القوانين، فلا يحول ذلك دون امتناع المحاكم عن إعمال أى نص قانونى مخالف للدستور دون الحاجة إلى إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية، وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة النقض فى العديد من أحكامها ... لأن القضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون على حد سواء، لكن عند تعارض أحكامهما فلابد من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون إعمالاً لقاعدة

تدرج التشريع وما يحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى ... وهو القانون لمخالفته أحكام الدستور ... فالتشريع يتدرج درجات ثلاثاً هى الدستور ثم التشريع العادى ثم التشريع الفرعى أو اللائحة، ولا خلاف على حق المحاكم فى الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى للتأكد من تمام سنة بواسطة السلطة المختصة وتمام إصداره ونشره وفوات الميعاد الذى يبدأ بعده نفاذه، فإن لم يتوافر هذا الشكل تعين على المحاكم الامتناع عن تطبيقه، أما من حيث رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع ... فإنه وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١٧٥ من الدستور ... فإن اختصاص المحكمة الدستورية المنفرد بالحكم بعدم دستورية النص التشريعى المطعون عليه أو بدستوريته هو حق لها لا يشاركها فيه سواها وحجية الحكم فى هذه الحالة مطلقة تسرى فى مواجهة الجميع، على أنه فى ذات الوقت للقضاء العادى التأكد من شرعية أو قانونية التشريع الأدنى بالتثبت من عدم مخالفته للتشريع الأعلى، فإن ثبتت هذه المخالفة اقتصر دوره على مجرد الامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى دون أن يملك الغاءه أو القضاء بعدم دستوريته، وحجية الحكم فى هذه الحالة نسبية مقصورة على أطراف النزاع دون غيرهم".

وقد أجمع الفقه على انتقاد هذا الحكم لمخالفته الواضحة للأحكام الآمرة التى حددت طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين باعتبارها من النظام العام، إذ كان يتعين على المحكمة أن توقف نظر الدعوى وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية هذا القانون الذى تراءى لمحكمة النقض عدم دستورية، حيث لا يجوز لهذه المحكمة التصدى لذلك لما ينطوى عليه من تعد على اختصاص المحكمة الدستورية، علاوة على فتح باب الاجتهاد أمام كافة القضاة من خلال رقابة الامتناع عن تطبيق أى نص يرى القاضى أنه غير دستورى مما يسفر عملاً عن الغاء دور المحكمة الدستورية العليا

واختصاصها فى هذا الشأن، ومع ملاحظة أنه سبق لمحكمة النقض الأخذ بهذا القضاء عام ١٩٧٢ عندما ألغت القانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعروف بقانون مذبحة القضاة، إلا أن هذا القضاء لم يتكرر بعد ذلك.

ب- تحديد وقت مباشرة الرقابة على الدستورية:

سبق وأن أشرنا بصدد الرقابة السياسية إلى أنها رقابة وقائية غالباً، بمعنى أنها رقابة سابقة تهدف أصلاً إلى منع صدور العمل التشريعى غير الدستورى، وتجتنب بالتالى الجدل حول دستوريته بعد صدوره، وتتفادى خطر تضارب الأحكام القضائية الذى يتحقق فى حالة الأخذ برقابة الامتناع، مما يضاعف من فعالية الرقابة السابقة تأسيساً على قاعدة أن الوقاية خير من العلاج، ولذلك يتجه البعض إلى أن دور الجهة التى تتولى مباشرة هذه الرقابة، هو دور فنى بإبداء رأى قانونى عام عن مدى وجود مخالفات دستورية واضحة فى القانون، على خلاف الرقابة القضائية اللاحقة التى تتضمن الفصل فى منازعة يقيمها أحد الأفراد دفاعاً عن أحد حقوقه الدستورية الأساسية فى التقاضى.

ولذلك يمكن القول بصدد الرقابة القضائية، سواء المركزية منها أو اللامركزية، أنها رقابة لاحقة غالباً تهدف إلى علاج ما أصاب البناء القانونى فى الدولة من وجود نصوص أو تشريعات مخالفة لما يعلوها من قواعد قانونية وعلى رأسها القواعد الدستورية، وليس من جدال فى أن إتباع أسلوب الرقابة القضائية اللامركزية يؤدى حتماً إلى أن تكون هذه الرقابة "لاحقة"، أى بعد صدور القوانين والتشريعات، حيث تسفر تلك الرقابة عن "امتناع" المحكمة التى فحصت دستوريتها عن "تطبيق" القانون الذى يثبت لديها عدم دستوريته، مما مفاده أن هذا القانون كانت له قوة نفاذ ملزمة، وكان سارياً وواجب التطبيق، ولولا عدم دستوريته لالتزمت المحكمة بإعماله، وهكذا فإنه لا مجال للتفرقة بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة فى ظل رقابة الامتناع، إذ يفترض فيها أن هناك

دعوى قضائية يراد فيها تطبيق أحد القوانين، ولكن لوجود شبهة فى عدم دستوريته يتم الدفع بذلك أثناء نظر الدعوى، بهدف عدم تطبيقه فيها، وبالتالى تكون فى هذه الحالة لاحقة دوماً على صدور ونفاذ القانون، إذ لا مجال لها إلا بمناسبة تطبيقه.

أما الرقابة السابقة، فبالرغم من أنها تتفق أصلاً مع طريق الرقابة السياسية، إلا أنها ليست مرادفة لها، حيث يمكن أن تكون أيضاً قضائية أى معهود بها إلى جهة قضاء، وهو الأمر الذى تحقق فى بعض الدول مثل بنما فى دستور ١٩٠٤ وايرلندا فى دستور ١٩٣٧.

وعلى حين يؤيد جانب من الفقه الرقابة السابقة للحيلولة دون صدور قوانين مخالفة للدستور، ويفضلها على الرقابة اللاحقة لما تسفر عنه من عدم استقرار تشريعى، فإن معظم الفقه الدستورى يرفض بشدة هذا التوجه، وذلك بملاحظة أن عدم الاستقرار التشريعى مرده تقصير المشرع فى عمله، كما أنها حجة لا تقوى على مواجهة مقتضيات مبدأ سمو الدستور وسيادة القانون، علاوة على أنه ثبت عملاً أن مواطن عيب عدم الدستورية وأوجه مخالفة القوانين لأحكام الدستور ومبادئه وروحه لا تظهر إلا من خلال التطبيق العملى، وفى ضوء الآثار التى أحدثتها فى مجال تطبيقها ووفقاً لما يظهره العمل من مثالبها الدستورية، ومن ثم فإن الرقابة اللاحقة هى الأفضل، لتكون الرقابة من خلال ما هو قائم وليس ما هو مفترض، فلا تكون مراجعتها تصوراً نظرياً بل عملاً واقعياً حقيقياً.

فليس من شك فى أن شائبة عدم الدستورية لا تظهر إلا بعد اتصال النص التشريعى بالواقع الاجتماعى والقانونى عند التطبيق العملى، ومن خلال المرافعات والمذكرات القانونية، والتحضير والإعداد طوال نظر الخصومة القضائية أمام الجهة المختصة، ومهما بلغت المداولات والمناقشات بين أعضاء هذه الجهة فيما بينهم وحدهم، وحتى لو تعددت الهيئات الاستشارية أو اللجان

المتخصصة المعاونة لها، فإن المخالفات التشريعية لنصوص الدستور قد لا تظهر مطلقاً قبل دخول التشريع حيز التطبيق واتصاله فعلاً بالواقع العملى، فهذا وحده من شأنه أن يكشف عن آثار التشريع التى قد تكون مخالفة للنصوص الدستورية، علاوة على أن الأمر هنا يتعلق أيضاً بحق كل فرد فى الالتجاء إلى القضاء للنظر فى دعواه بأن القانون يخل بحقه الدستورى فى احترام أحكام الدستور ومبادئه وصيانة الحقوق والحريات، وهو حق دستورى لكل مواطن وليس حقاً للمحكمة بقدر ما هو واجب عليها للفصل فى المنازعة المعروضة عليها. وكما قيل بحق فإن الرقابة السابقة هى رقابة فى حجرة مظلمة، ولكن الرقابة اللاحقة تتم بعين مبصره ... ومن خلال ضوء ساطع، ومن هنا تكون الرقابة الدستورية اللاحقة أكثر فاعلية[1]، وخاصة بمراعاة أن مفهوم حقوق وحريات الأفراد فى تطور مستمر وأن طبيعة العيب ذاته لم تظهر إلا فى وقت لاحق نتيجة لتغير الظروف التكنولوجية والمفاهيم السياسية والاقتصادية.

غير أن ما تقدم لا يعنى أنه يتعين على المشرع الاختيار بين نوعى الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة فى ظل اعتناق نظام الرقابة القضائية المركزية على دستورية القانون دون الجمع بينهما، إذ ليس ثمة ما يمنع من ذلك استناداً إلى أن الدستور يشمل أولاً النظام السياسى للحكم فى الدولة متضمناً إنشاء السلطات العامة فيها وضبط نشاطها وتصرفاتها وعلاقاتها فيما بينها، كما يشمل ثانياً تنظيماً للحقوق العامة والحريات الأساسية للأفراد فى المجتمع، وضماناتها كفالتها، سيما تجاه السلطات العامة، ومن ثم فإنه يمكن الجمع بين طريقى الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على الدستورية، على أن تكون الرقابة اللاحقة هى الأصل والرقابة السابقة هى الاستثناء، على خلاف ما أخذ به المشرع

---

(١) هذا القول منسوب إلى المستشار الدكتور عوض المر رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية الأسبق فى تحقيق صحفى أجراه معه الأستاذ أسامه سلامة فى مجلة روز اليوسف المصرية بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٩ – ذكر ذلك الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا فى المسائل الدستورية – ٢٠٠٢ – ص ١٦٥.

الدستورى الفرنسى عام ٢٠٠٨، وأن يقتصر نطاق هذا الاستثناء فى النصوص التى تتصل فقط بتنظيم السلطات العامة فى الدولة وتحديد اختصاصاتها وعلاقاتها فيما بينها، أما تلك المتصلة بحقوق الأفراد وحرياتهم العامة، فلا مناص من طرحها بعد إصدارها ونفاذها ووضعها موضع التنفيذ على ساحة القضاء الدستورى المختص للتأكد من دستوريتها على ضوء التطبيق فى الواقع العملى، ويستتبع الأخذ بهذا الاقتراح أن يكون طريق الرقابة السابقة مقصوراً على السلطات العامة فى الدولة، بينما يكون طريق الرقابة اللاحقة مقرراً كأصل عام لجميع الأفراد فى المجتمع[١].

وقد تحقق هذا الأمر جزئياً فى مصر، حيث الأصل فيها اختصاص جهة قضائية مركزية مستقلة دون غيرها بفحص دستورية القوانين واللوائح، وهى المحكمة الدستورية العليا، وذلك بعد صدورها وتطبيقها ومن خلال دعوى موضوعية مطروحة على محكمة الموضوع، فهى إذن رقابة قضائية لاحقة على صدور القانون وبمناسبة تطبيقه. واستثناءً من هذا الأصل قرر المشرع الدستورى – وليس المشرع العادى – بموجب تعديل دستورى تم عام ٢٠٠٥ واستمر حتى اليوم، أن تكون هناك رقابة قضائية مركزية سابقة، على دستورية مشروع قانون معين هو قانون تنظيم انتخابات الرئاسة فى مصر، وذلك قبل إصداره، للتحقق من اتفاقه مع أحكام الدستور القائم، بحيث يحوز هذا القانون بعد تلافى شبهة عدم دستورية بعض نصوصه ثم إصداره ونفاذه بعد ذلك، قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات عكسها بعد سريانها بدستورية نصوص هذا القانون ومطابقتها لأحكام الدستور.

---

(١) ومن هنا فإننا نفضل أن ترد نصوص الدستور فى وثيقتين منفصلتين، الأولى تتعلق فحسب بشكل الدولة ونظام الحكم فيها، والثانية تتصل فقط بتحديد مقومات المجتمع والحقوق والحريات العامة، بما يسمح بالمغايرة بينهما بصدد الرقابة القضائية السابقة أو اللاحقة على الدستورية وأيضاً مايتعلق بتعديل الدستور ونطاقه.

وقد قامت المحكمة الدستورية العليا فى مصر، بعد إحالة مشروع ذلك القانون إليها بتحديد مدى اختصاصها بالرقابة على مشروع هذا القانون، فصدر قرارها فى ٢٠٠٥/٦/٢٦[1]، متضمناً ما يلى:

وحيث أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة السابقة على مشروع القانون المعروض (قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية) يتحدد على النحو الوارد بنص المادة (٧٦) من الدستور بتقرير مدى مطابقته لأحكام الدستور، ومن ثم فإنه يخرج عن هذا الاختصاص ما يلى:

١- مراجعة الصياغة القانونية للمشروع.
٢- النظر فى أى تناقص بين نصوص المشروع بعضها البعض أو تعارضها مع أية نصوص قانونية أخرى.
٣- تقرير مدى ملاءمة بعض الأحكام التى حواها المشروع باعتبار أن ذلك الأمر يدخل فى نطاق السلطة التقديرية للمشرع.

وفى ضوء ما تقدم فقد استبان للمحكمة ما يلى:

أولاً: حوى المشروع المعروض نصوصاً تثور بشأنها شبهة عدم الدستورية إلا إذا تم تفسيرها على وجه يزيل عنها هذه الشبهة وهى: ١ – م ١٣ ... ويتعين تفسير عبارة ... على نحو ... ٢ – م ١٨ ....، **ثانياً**: نصوص يشوبها عوار دستورى هى: المواد ٥ و٢٢ و٤٩ ...[2].

---

(١) الجريدة الرسمية من مصر عدد ٢٥ مكرر بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٢٦.
وقد تكررت هذه الرقابة عام ٢٠١٢ بمناسبة تعديل هذا القانون، وصدر قرار المحكمة فى شأنه بتاريخ ٢٠١٢/٥/١٦ مؤكداً على ذات الضوابط التى سبق للمحكمة إقرارها عام ٢٠٠٥.

(٢) اعتنقت المحكمة الدستورية بذلك أسلوب المجلس الدستورى فى فرنسا المسمى "التفسير تحت التحفظ "La conformite sous reserve d'interpretation ومقتضاه أنه يجوز الحكم بمطابقة النص التشريعى بأحكام الدستور وفقاً لتفسير محدد بحيث يكون كل تفسير خلاف ذلك مخالفا للدستور – راجع فى ذلك: الدكتور مصطفى عفيفى: المرجع السابق ص ٧١.
DRAGO (G), L'execution des décisions du Conseil Constitutionnel, thèse Paris II, 1989, P. 149.

من ناحية أخرى أصدرت المحكمة فى صدد هذا الموضوع حكماً بتاريخ ٢٠٠٦/١/١٥، رفضت فيه أولاً فحص دستورية التعديل الدستورى الذى تم تجاه المادة ٧٦ من الدستور، حيث قضت بأنه "إذا كان لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تتنصل من اختصاص أسنده لها الدستور فعليها ألا تخوض فى اختصاص ليس لها باعتبار أن تجاوزها لولايتها أو تنصلها منها أمران يمتنعان عليها دستورياً، مما يتعين معه القضاء بعدم اختصاصها برقابة المادة ٧٦ من الدستور لمجاوزة هذا الطلب حدود ولايتها، وينطبق ذلك على تعديل هذه المادة"[١]، أما عن الطعن بعدم دستورية قانون الانتخابات الرئاسية الذى سبق للمحكمة فحصه قبل إصداره من خلال الرقابة السابقة، فقد قضت فيه المحكمة – ثانياً – بأن "مباشرتها الرقابة الدستورية السابقة على مشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية وإبداء رأيها فيه لا يمنعها من مباشرة اختصاصها بالرقابة اللاحقة على نصوص ذلك القانون ... كما أن مجلس الشعب قد التزم بمنطوق قرار المحكمة الذى أصدرته عند رقابتها السابقة لمشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية تنفيذاً لحكم المادة ٧٦ من الدستور والمادة ٢٥ من قانونها بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، فقد استعرضت المحكمة نصوص المواد المطعون عليها، وتبين لها أن مجلس الشعب قد التزم بقرارها وصدر القانون غير مخالف فى أى من مواده لنصوص الدستور، ومن ثم فإن ما يثيره الطعن بشأن المواد المطعون عليها يكون غير قائم على أساس بما يتعين القضاء برفضه".

بالرغم من استحالة تكرار هذه الرقابة بصدد ذات القانون ما لم يتم تغييره أو تعديله، إلا أن من شأنه وضع مبدأ له آثاره البالغة، ويتمثل فى أن

(١) تكرر هذا القضاء عام ٢٠١٢ بمناسبة طلب عرض تعديل قانون مباشرة الحقوق السياسية (الذى أقره مجلس الشعب لتطبيق العزل السياسى على أحد المرشحين لانتخابات الرئاسة تحايلاً على ضرورة الرقابة السابقة)، حيث قررت المحكمة فى ٢٠١٢/٤/٢١ عدم اختصاصها بنظر هذا الطلب.

مباشرة الرقابة السابقة على دستورية نص تشريعى أو قانونى لا يمنع من مباشرة رقابة لاحقة عليه بواسطة ذات المحكمة، وفى تقديرنا أن من شأن ذلك إهدار كل مبرر أو علة من استبدال الرقابة السابقة بالرقابة اللاحقة، على سبيل الاستثناء، وبصدد موضوع أو قانون محدد يتعلق بسلطات عامة، ضماناً للاستقرار التشريعى والسياسى على نحو ما سبق عرضه، ومع ذلك فإنه يخفف من ذلك أن المحكمة – كما هو واضح من حيثيات حكم ٢٠٠٦/١/١٥ – لم تفحص سوى مدى التزام مجلس الشعب المصرى بقرارها – أو بالأحرى حكمها – السابق صدوره فى ٢٠٠٥/٦/٢٦، وهو أمر لا يسوغ أن ترفع دعوى خاصة بشأنه[1]، إذ يتعلق بآثار الحكم وحجيته وواجب السلطات العامة المعنية بوضع الحكم بمنطوقه وأسبابه موضع التنفيذ.

والخلاصة أنه لا يجوز فى تقديرنا استبدال الرقابة المسبقة على دستورية القوانين بصفة عامة بالرقابة اللاحقة على الدستورية، فالأمر لا يتعلق فحسب بمجرد التغيير الزمنى للحظة الحكم على دستورية القوانين، بل أنها تنطوى على الغاء حقوق المواطن فى الطعن أمام القضاء بعدم دستورية أحد القوانين لعيوب خفية لم تتضح بشكل كامل إلا مع الممارسة وخلال حياة القانون، علاوة على أن هذا الاستبدال يرتب مشكله كبرى وحادة تتعلق بالجهة القضائية المختصة بالرقابة على دستورية اللوائح والتى ستؤول حتماً لجهة القضاء الإدارى مما يستتبع ضرورة تنظيمها على وجه الدقة وخاصة تجاه اللوائح المستقلة، بصدد كل ما أثرناه من موضوعات تتصل بهذا التنظيم.

جـ- أساليب تحريك الرقابة على الدستورية أمام القضاء:

عند عرض طريق الرقابة القضائية اللامركزية على الدستورية، أوضحنا أن هذه الرقابة تكون دوماً "لاحقة" على إصدار القوانين ونفاذها

(١) وفى ذات الحكم رفضت المحكمة أى طعن مباشر أو دعوى أصلية ضد أى نص تشريعى، ومن ثم قضت بعدم قبول الدعوى الخاصة بالطعن على نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة والتى تمنع اقامة الدعوى أمامها مباشرةً.

ب ـ وسيلة الدفع الفرعي:

بالرغم من أن الدفع الفرعى وسيلة قضائية تتعلق أصلاً بطريق "رقابة الامتناع" كما سبق وأوضحنا، إلا أن للمشرع أن يقرر ذات الوسيلة مع تفضيله إتباع طريق الرقابة القضائية المركزية، بأن يسمح للأفراد بالحق فى الطعن بطريق غير مباشر فى دستورية القوانين واللوائح أمام المحكمة الدستورية المختصة، وذلك من خلال الدفع أمام محكمة الموضوع بعدم الدستورية، وهى محكمة ليس من صلاحياتها سلطة الفصل فى هذا الدفع، وإنما يتعين عليها إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية المختصة، وخاصة إذا تبين لمحكمة الموضوع جدية ذلك الدفع (وهو الشرط المعمول به فى مصر) أو صحته (وهو الشرط المعمول به فى المانيا)، لتتولى المحكمة الدستورية بعد ذلك الفصل فيه، والحكم بعدم دستورية النص أو التشريع المطعون فيه إذا تبين لها ذلك، ويكون حكمها فى هذا الشأن ملزماً للكافة حتى يمكن حسم النزاع فى هذه المسألة نهائياً، وهو الطريق الذى اتبعته دول عديدة مثل إيطاليا وفقاً لدستور ١٩٤٧ والكويت فى دستور ١٩٦٢ ومصر فى دستور ١٩٧١.

ويعيب هذا الطريق أن اتباعه يعنى انتظار صاحب المصلحة إلى حين تطبيق القانون أو النص التشريعى عليه ليدفع بعدم دستوريته، بل وقد لا يتبين صاحب المصلحة هذا الأمر ومن ثم يتم تطبيق القانون عليه وعلى غيره من شاكلته لأمر طويل، إلى أن يتنبه البعض بعد منازعات ليست بالقليلة تم تطبيق القانون فيها، إلى شبهة عدم دستوريته فيدفع بذلك ويسير فى إجراءاته إلى أن

= الدكتور محمد كامل ليلة: المرجع السابق – ص ١٥٠ وما بعدها.
الدكتور إسماعيل مرزة: القانون الدستورى – منشورات الجامعة الليبية – بيروت ١٩٦٩ – ص ٥٥٢.
الدكتور عثمان عبد الملك الصالح: الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية فى الكويت – ١٩٨٦ – ص ٢٧ وما بعدها.

ينتهى الأمر بإعلان بطلان القانون أو إلغائه، مما يثير جدلاً ونزاعاً وخلافاً فقهياً وقضائياً حول أثر هذا الحكم على نحو ما سنبينه لاحقاً.

ولذلك قد يجيز المشرع، أن تكون المبادأة كذلك لمحكمة الموضوع، إذا تراءى لها عدم دستوريته، باعتباره النص الواجب التطبيق فى المنازعة المطروحة عليها، وهو ما يعنى حق قاضى الموضوع فى التصدى لفحص دستورية النص من تلقاء نفسه بغير حاجة للدفع بذلك من جانب أحد الخصوم، ولكن دون أن تكون له صلاحية الفصل فى هذه المسألة باعتبارها مسألة أولية يختص بنظرها، وإنما بوصفها مسألة مبدئية يختص بها القضاء الدستورى المختص دون غيره.

وقد أقر المشرع المصرى هذا الطريق عام ١٩٧٩ حيث أجاز لقاضى الموضوع التصدى من تلقاء نفسه لمسألة دستورية النصوص واجبة التطبيق وإحالتها إذا ثبت لديه عدم دستوريتها وليس مجرد جدية أو شبهة عدم الدستورية، دون أن يعد ذلك إخلالاً منه بمبدأ حياد القاضى رغم أن ذلك سيكون حتماً لصالح أحد الخصوم وضد مصلحة الطرف الآخر.

ثانياً: فى حالة السماح فقط للهيئات أو السلطات العامة بتحريك مسألة الدستورية: بالنظر إلى خطورة الآثار الناجمة عن السماح للأفراد برفع الدعوى الأصلية أمام المحكمة المختصة، فإن المشرع قد يتجه إلى تجنب هذه الآثار بأن يحصر مباشرة هذا الحق فى رفع الدعوى مباشرةً أمامها، فى جهات أو سلطات معينة دون الأفراد العاديين، مثل الوزارات أو المحاكم أو عدد من أعضاء البرلمان أو الأحزاب السياسية أو النقابات.

والغالب أن يكون رفع الدعوى فى هذه الحالة من خلال طلب تقدمه الهيئة المخول لها ذلك إلى المحكمة الدستورية المختصة مباشرةً، وهو طريق قد يماثل فى الإجراءات طريق الدعوى الأصلية المقررة للأفراد أمام المحاكم المختلفة، إلا أن الغالب فى هذه الحالة أن يفضل المشرع أن تكون هذه الرقابة

سابقة على إصدار النص لتكون رقابة وقائية مثل الرقابة السياسية، وليست رقابة علاجية لاحقة على صدوره، حتى لا يكون للأفراد التمسك بحق الالتجاء إلى هذا الطريق، استناداً إلى انعدام مصلحتهم من الطعن فى عمل قانونى لم يكتمل بعد ولم يدخل بالتالى فى البناء القانونى للدولة. ولذلك تخول بعض الدول لرئيس الدولة – مثلاً – وهو المختص بإصدار القانون، والذى أقسم على احترام الدستور، الحق فى طلب فحص مشروع القانون الذى أقره البرلمان لتقرر المحكمة المختصة مدى دستوريته قبل أن يصدره، وذلك خلال فترة زمنية محددة، فإذا وجدت المحكمة أنه يتفق مع قواعد الدستور تعين عليه السير فى إجراءات إصداره، أما إذا أعلنت المحكمة عدم دستوريته، امتنع عليه السير فى الإجراءات، وهذا ما أخذت به بنما فى دستور ١٩٠٤ وإيرلندا فى دستور ١٩٣٧.

ثالثاً: وأخيراً فليس ثمة ما يمنع المشرع من الجمع بين الأمرين، فيجيز لبعض الهيئات أو السلطات العامة إثارة مسألة الدستورية من خلال طلب أصلى أو مبتدأ، متبعاً فى ذلك أسلوب الرقابة الوقائية السابقة، مع السماح فى ذات الوقت للأفراد بالطعن فى دستورية العمل التشريعى، إن توفرت للطاعن مصلحة شخصية مباشرة، وذلك إما بوسيلة الدعوى الأصلية المباشرة، أو بوسيلة الدفع بعدم الدستورية، فتكون الرقابة فيها رقابة علاجية لاحقة، على أن تكون النتيجة فى جميع الأحوال واحدة، وهى الغاء القانون أو مشروع القانون غير الدستورى وبصفة نهائية، تحقيقاً للفاعلية الكاملة من الرقابة على الدستورية.

وقد أخذت بذلك مملكة البحرين فى دستور ٢٠٠٢، حيث يجوز للملك قبل إصدار القانون طلب الرقابة السابقة عليه من المحكمة الدستورية هناك، دون إخلال بحق الأفراد فى طلب الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، وفقاً للإجراءات التى يحددها القانون.

د - آثار مباشرة الرقابة على الدستورية والحكم فيها:

إذا كانت رقابة الامتناع فى أسلوب الرقابة القضائية اللامركزية تسفر عن أثر قانونى محدود، هو عدم تطبيق القانون أو النص التشريعى الذى تبينت محكمة الموضوع عدم دستوريته، دون مساس بقوة نفاذ القانون أو سريانه، ومن ثم تكون لحكم هذه المحكمة فى ذلك الموضوع حجية نسبية تقتصر على أطراف الخصومة أو المنازعة فحسب، فإن الرقابة القضائية المركزية تستلزم منطقياً أن تكون للمحكمة صلاحية الغاء أو إعلان بطلان القانون أو النص التشريعى المحكوم بعدم دستوريته، وأن تكون حجية الحكم فى هذه الحالة مطلقة أى ملزمة للكافة، وأن يرتد أثر الحكم إلى تاريخ إصدار النص أو تطبيقه. ومع ذلك فإن الربط بين تلك الأنظمة على هذا النحو ليس حتمياً من الناحية القانونية أو العملية، إذ قد يتم الخلط بين رقابتى الإلغاء بوسيلة الدعوى الأصلية من ناحية ورقابة الامتناع ووسيلة الدفع الفرعى من ناحية أخرى.

وقد أدى موقف المشرع المصرى – على سبيل المثال – باتباع رقابة الإلغاء ولكن بوسيلة الدفع الفرعى إلى الوقوع فى مشكلات قانونية وسياسية قاسية، تتعلق بحجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، والأثر الرجعى أو المباشر لهذا الحكم، ومدى جواز طلب وقف تنفيذ القانون أو النص المشتبه فى عدم دستوريته إلى حين الفصل فى هذه المسألة أم لا. وعليه نعرض لهذه الموضوعات بالتفصيل المناسب على النحو التالى:

أولاً: الحجية المطلقة للحكم:

إذا كان الفقه الدستورى قد تلاقى على أن حكم محكمة الموضوع بعدم دستورية نص تشريعى، وفقاً لأسلوب رقابة الامتناع الذى يفترض إتباعه فى طريق الرقابة اللامركزية على الدستورية، ليست له سوى حجية نسبية مقصورة على أطراف النزاع الموضوعى، وبذلك لا يكون هذا الحكم ملزماً لغيرهم، بمعنى أن آثار هذا الحكم النسبى تنحصر فى إهمال تطبيق النص غير

الدستورى فى القضية المثار بصددها مسألة دستوريته بعد أن كان من الواجب تطبيقه فيها، دون أن يحول ذلك عن استمرار نفاذ النص وسريان حكمه فى الأحوال الأخرى التى يتسنى فيها ذلك، أى فى دعاوى ومنازعات لاحقة على صدور الحكم الأول[١]، فإنه بصدد طريق الرقابة القضائية المركزية على الدستورية، يتفق معظم الفقه الدستورى على ضرورة أن يكون لحكم المحكمة الدستورية المختصة حجية مطلقة فى مواجهة الكافة، بمعنى أن يكون ملزماً لجميع سلطات الدولة بما فيها المحكمة الدستورية ذاتها، سواء ارتكزت هذه الرقابة المركزية على وسيلة الدعوى الأصلية أم على وسيلة الدفع الفرعى بعدم الدستورية، وذلك تأسيساً على أن طبيعة الدعوى الدستورية أن الخصومة فيها عينية توجه إلى النص التشريعى المطعون فيه بعدم الدستورية، بهدف الحكم ببطلانه بسبب هذا العيب.

وفى ذلك تقول المحكمة العليا إن "الرقابة القضائية على دستورية القوانين ... تستهدف حماية الدستور وصونه وذلك عن طريق إنهاء قوة نفاذ النص المخالف للدستور، ولما كانت الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه فيها الخصومة إلى التشريع ذاته، فإن مقتضى ذلك أن الحكم الذى يصدر بعدم دستورية نص تشريعى يلغى قوة نفاذ هذا النص ويغدو معدوماً من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة. ولما كان هذا الأثر لا يقبل التجزئة بطبيعته، فإن حجية الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعى لا

---

(١) ومع ذلك فإنه يلزم ملاحظة أن الحجية النسبية للحكم الصادر بعدم الدستورية فى قضاء المحكمة العليا الأمريكية وهو قضاء امتناع، لا تنفى أنه يمثل سابقة قضائية، وبالتالى تكون ملزمة لكافة المحاكم الأخرى دون أن يستتبع ذلك القول بالحجية المطلقة لأحكامها، خاصة وأنه يحق لهذه المحكمة أن تعدل عن قضائها السابق إذا تغيرت الظروف، وهو ما حدث بشأن عقوبة الإعدام، حيث صدر حكم المحكمة العليا الأمريكية عام ١٩٧٢ بأنها عقوبة غير دستورية، ثم صدر حكم لاحق عام ١٩٧٦ بأنها عقوبة دستورية.

يقتصر على أطراف النزاع فى الدعوى التى قضى فيها فقط، وإنما ينصرف أثر هذا الحكم إلى الكافة ويكون حجة عليهم" [1].

وهكذا يجمع الفقه الدستورى على تأسيس الحجية المطلقة للحكم الدستورى على الطبيعة العينية للدعوى الدستورية، إضافة إلى أنه إذا كان وجود النص القانونى تصاحبه بالضرورة قوة ملزمة يفرض بها على الكافة أفراداً كانوا أم سلطات وهيئات، فإن زواله يستتبع بالمقابل وبالضرورة زوال هذه القوة الملزمة بالنسبة للكافة من أفراد وسلطات وهيئات، ومن ثم إطلاق قوة حجية احكام الدستورية، وعدم اقتصارها على أطراف دعواها، وذلك من وجهة نفى الدستورية أو تقريرها، فلا مجال إذن فى خصوص أحكام الدستورية لتفرقة بين حجية مطلقة وحجية نسبية، فالحجية هنا مطلقة وفى جميع الأحوال[2].

ومن ناحية أخرى فمن المستقر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا، أنها تقوم أثناء نظر الدعوى الدستورية بمطابقة النصوص المطعون بعدم دستوريتها لكافة نصوص وأحكام الدستور ذات الصلة، وليس فقط النصوص التى أشار إليها الطاعن فى طعنه، للوقوف على مدى توافقها لأحكام الدستور فى مجمله، "منقبة عن أية مخالفة لها ليكون حكمها إما كاشفاً عن قيامها بالنص التشريعى المطعون عليه منذ صدوره، وإما نافياً لثبوتها من كافة مظانها،

---

(1) حكمها فى ١٩٧٦/١٢/١١ الدعوى ٨ لسنة ٣ق. د، كذلك أحكام المحكمة الدستورية العليا التى أقرت الحجية المطلقة – خلافاً للمحكمة العليا – للأحكام الصادرة بدستورية النص ومن ثم رفض الطعن فيه كذلك – أحكامها فى ٢٠٠١/٦/٢ قضية ١٩٥ لسنة ١٩ق. دستورية، وفى ١٩٩٦/١١/١٦ قضية ٤٤ لسنة ١٨ق. دستورية، وفى ١٩٩٣/٢/٦ قضية ٥٧ لسنة ٤ق. دستورية.

(2) الدكتور محمد فواد عبد الباسط: المرجع السابق – ص ٨٦٤ (الهامش).
وفى هذا الصدد يلزم ملاحظة أن الحجية المطلقة لا ترتبط حتما بالأحكام القضائية فى الشئون الدستورية، إذ من الملاحظ أن لقرارات المجلس الدستورى فى فرنسا، وهو كما سبق وأشرنا هيئة سياسية من حيث التشكيل، ولكن يتسم عمله واختصاصاته المتصلة بالرقابة على الدستورية بالطابع القانونى حتى وإن كان لقراراته فى شأنها [illegible] سياسية، فإن لهذه القرارات حجية مطلقة ملزمة للكافة، وذلك وفقاً للمادة ٦٢ من [illegible] الفرنسى الحالى.

ومقرراً بالتالى براءته منها، ومانعاً من العودة لإثارتها. وبغير ذلك لا تستقيم الحجية المطلقة لأحكامها فى المسائل الدستورية"[1]، وهو أمر لا يتحقق فى حالة رقابة الامتناع التى يقتصر البحث فيها على أسانيد المخالفة الدستورية التى ساقها الطاعن فى دفعه، وذلك بالمقابلة بين نصين متعارضين أحدهما نص واجب التطبيق فى الدعوى والآخر نص دستورى، بحيث يتم الامتناع عن تطبيق الأول لتعارضه مع الثانى، أو تطبيق النص التشريعى إذا ثبت عدم تعارضه مع النص الدستورى الذى أشار إليه الطاعن فى دفعه، حتى ولو كان من ناحية أخرى يتعارض مع نصوص دستورية أخرى[2].

والمجمع عليه فقهاً وقضاءً أن مقتضى الحجية المطلقة للحكم الدستورى، التزام جميع الأفراد والسلطات العامة والهيئات المختلفة كافة بمنطوق الحكم وأسبابه المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً، ويتبدى وجه الإلزام بالنسبة للسلطة القضائية فى أنه يتعين على جميع المحاكم عدم قبول إثارة ذات النزاع المقضى فيه مرة أخرى لسابقة الفصل فيه، ومن ثم الامتناع عن تطبيق النص الذى قضت فيه المحكمة الدستورية المختصة بعدم دستوريته، وذلك فى جميع القضايا المعروضة أمامها أو التى تعرض عليها فى المستقبل، ويراد تطبيق هذا النص فيها، تأسيساً على زوال قوة نفاذ هذا النص وانعدام وجوده فى البناء القانونى للدولة[3].

---

(١) حكمها فى ١٩٩٣/٢/٦ القضية ٥٧ لسنة ٤ق. دستورية.

(٢) ويؤكد الفقه الدستورى على أن ما دام النظام المصرى لرقابة الدستورية قد اختار رقابة الإلغاء المركزية على دستورية القوانين، فإن هذا الخيار لا تكتمل منظومته ولا يستوفى أغراضه إلا بإطلاق الحجية لأحكام المحكمة الدستورية.
الدكتور ثروت بدوى: القانون الدستورى وتطور الأنظمة الدستورية فى مصر – ١٩٧١ – ص ١٥٨.
الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق – ص ٧٩ وكذلك ص ٨٦١.

(٣) لعل مسألة امتناع المحاكم عن تطبيق النص غير الدستورى هى التى دفعت جانب من الفقه إلى تصور أن "رقابة الدستورية فى مصر هى رقابة امتناع عن تطبيق النص غير الدستورى ... وإن كان الامتناع هنا يتسم بالعمومية والإطلاق وليس بالنسبية=

أما بالنسبة إلى السلطة التشريعية فإن التزامها يختلف وفقاً لأحد احتمالين:

الأول: أن يترتب على بطلان القانون أو النص التشريعي لعدم دستوريته وإزالته من البناء القانوني للدولة حدوث فراغ تشريعي، فيتعين عليها في هذه الحالة إعادة إقرار قانون أو نص تشريعي آخر بحيث تلتزم فيه بمراعاة أسباب الحكم الصادر من المحكمة حتى لا تقع مرة أخرى في حومة أو شبهة عدم الدستورية، أو على الأقل تعديل تشريعاتها النافذة على ضوء ما قضى به الحكم الصادر بعدم الدستورية إذا كانت هناك علاقة بين نصوص هذه التشريعات، والنص التشريعي المقضي بعدم دستوريته.

والآخر: ألا يحدث أي فراغ تشريعي من جراء الحكم ببطلان التشريع لعدم دستوريته، وذلك في حالة ما إذا أدى ذلك البطلان أو الإلغاء إلى إحياء قواعد قانونية كان قد نسخها التشريع المقضي بعدم دستوريته، أو إلى سريان مبدأ عام أو اتساع نطاق تطبيق قاعدة قانونية قائمة، بفضل الحكم بعدم دستورية نص تشريعي كان يقيد سلطان تطبيق هذا المبدأ أو تلك القاعدة[1].

=من حيث ترتيب آثاره الملزمة" - الدكتور مصطفى عفيفي: رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية - ١٩٩٠ - ص ٢٨٨، والدكتور محمد حسنين عبد العال: القانون الدستوري - ١٩٩٢ - ص ١٦٢، والدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري - ١٩٨٣ - ص ٥٤٧ وص ٦١٣. وقد رفض معظم الفقه هذا الاتجاه مقررين أن من شأن تقرير عدم دستورية نص الغاء وجود هذا النص - الدكتور عصام أنور سليم: موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون - منشأة المعارف - ٢٠٠٠ - ص ٧٣ وما بعدها، والدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق - ص ٩١٩، والدكتور عزيزة الشريف: القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - ١٩٩٠ - ص ١١٧، أو على الأقل إلغاء قوة نفاذ النص - الدكتورة نبيلة عبد الحليم: الرقابة القضائية على دستورية القوانين - ١٩٩٣ - ص ٢٤٠، والدكتور فتحي فكري: القانون الدستوري - الكتاب الأول - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ - ص ٢٣٣، وهذا هو مذهب القضاء الدستوري المصري - المحكمة العليا في ١٩٧٧/٢/٥ دعوى رقم ١٦ لسنة ٧ق. دستورية، والمحكمة الدستورية العليا في ١٩٨٤/٣/١٧ قضية ١٣٦ لسنة ٥ق. دستورية.

(١) الدكتور عصام سليم: المرجع السابق - ص ٨، وهو يرى أن مفاد ذلك أن يكون القضاء الدستوري مصدر غير تشريعي للقواعد القانونية.

وأخيراً فإنه بصدد السلطة التنفيذية، يتعين عليها الالتزام بعين الآثار سالفة الذكر، إذ تعلق الحكم الدستورى بنص لانحى صادر عنها، وتم إعلان عدم دستوريته ومن ثم بطلانه وإلغائه، إضافة إلى التزامها الأصيل بعدم الاستمرار فى تنفيذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستوريتها.

ثانياً: الأثر الرجعى للحكم:

يذهب الرأى الراجح فى الفقه الدستورى إلى أن طبيعة نظام الرقابة القضائية المركزية على الدستورية، تفرض أن يكون للحكم الصادر فى ظل هذا النظام أثر رجعى (كاشف) يرتد إلى تاريخ العمل بالنص غير الدستورى وتطبيقه[1]، وقد استقرت المحكمة الدستورية العليا على "أن الأصل فى الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة، إذ هى لا تستحدث جديداً ولا تنشئ مراكزاً أو أوضاعاً لم تكن موجودة من قبل، بل هى تكشف عن حكم الدستور أو القانون فى المنازعات المطروحة على القضاء، وترده إلى مفهومه الصحيح الذى يلازمه منذ صدوره، الأمر الذى يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعى كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بياناً لوجه الصواب فى دستورية النص التشريعى المطعون عليه منذ صدوره، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقاً للدستور وفى حدوده المقررة شكلاً وموضوعاً، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه، أم أنه صدر متعارضاً مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره"[2]، وبذلك فإن "قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية فى شأن موافقة النصوص التشريعية المطعون عليها لأحكام الدستور أو مخالفتها، إما أن يكون كاشفاً لصحتها منذ صدورها، أو مقرراً بطلانها وملغياً قوة نفاذها اعتباراً من تاريخ العمل بها""[3].

---

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: دراسات فى القانون الدستورى – ١٩٨٧ – ص ١٤٦.
الدكتور محمد أنس جعفر: الرقابة على دستورية القوانين – ١٩٩٨ – ص ١٤١.

(٢) حكمها فى ١٩٩٠/٥/١٩ قضية ٣٧ لسنة ٩ق. دستورية.

(٣) حكمها فى ١٩٩٣/٦/١٩ قضية ٧ لسنة ١٤ق. منازعة تنفيذ.

غير أنه من المشاهد عملاً أن المشرع في عديد من الدول يتدخل عمداً في تحديد ما إذا كان للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي أم أثر مباشر لتحقيق بعد الأغراض غير القانونية أو القضائية تحت دعاوى ومزاعم مختلفة مثل تحقيق الأمن القانوني أو الاستقرار التشريعي، وذلك بالحد من الآثار القانونية المنطقية لحكم عدم الدستورية كما حدث في مصر[1].

ومن الأصول التشريعية أيضاً أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي جميع الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة التي استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة تقادمها، ما لم يكن النص المقضي بعدم دستوريته من النصوص الجزائية، إذ يكون للحكم أثر رجعي في حالة إدانة المحكوم عليه استناداً إلى هذا النص غير الدستوري، وأثر مباشر إذا كان الحكم عليه بالبراءة.

ثالثاً: وقف تنفيذ القانون المطعون عليه بعدم الدستورية:

الأصل أن يتمتع القانون أو أي نص تشريعي بعد إقراره من السلطة التشريعية المختصة ثم صدوره، بقرينة قانونية لصالحه تفيد تطابقه مع قواعد وأحكام الدستور وافتراض عدم مخالفته لنصوصه، بحيث يقع على من يدعي عكس ذلك عبء إثبات المخالفة الدستورية، ولذلك فإن قرينة دستورية النصوص التشريعية هي قرينة نسبية وليست قاطعة، ومن ثم فهي قابلة لإثبات العكس في الدول التي تتبع طريق الرقابة القضائية اللاحقة على الدستورية، سواء كانت مركزية أو لا مركزية، ومن خلال الدعوى الأصلية أو الدفع

---

(١) وهذا ما جرى نتيجة عدم حسم المشرع منذ البداية هذه المسألة والاستعاضة عن ذلك بصياغة غامضة تتمثل في القول بأنه "يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ...". م ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية، مما أدى إلى خلاف فقهي وقضائي حاد، أسفر عن تدخل المشرع بقرار بقانون لتعديل هذا النص بما يحقق أهدافه التشريعية، وهو تعديل أدى بدوره إلى خلاف حاد آخر حول دستورية أو عدم دستورية أو انعدام هذا التعديل. راجع في ذلك الدكتور عبد الله ناصف : حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل – ١٩٨٨ - وهو بحث يتعلق في الأساس بهذا التعديل. كذلك الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق – ص ٩٤٠ وما بعدها.

الفرعى، على خلاف تلك الدول التى تتبع طريق الرقابة السابقة على الدستورية، لأن النصوص التشريعية محل الرقابة وفقاً لهذا الطريق لن يكون لها أصلاً أية قوة نفاذ، إلا بعد التحقق من اتفاقها مع قواعد الدستور القائم، فإذا صدرت بعد ذلك حازت قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على أنها متفقة مع الدستور، وبالتالى لا جدوى من محاولة المنازعة فى دستوريتها لإثبات عكس تلك القرينة القاطعة.

ومقتضى قرينة الدستورية التى تتمتع بها النصوص التشريعية فى نظم الرقابة القضائية على الدستورية، إنه لا يجوز للقضاء المختص أن يبطل أى من هذه النصوص إلا إذا قام الدليل القاطع لديه على مخالفتها للدستور، مما يؤدى إلى إهدار أثر قرينة الدستورية وزوالها، ولذلك يجب أن يكون ثبوت المخالفة الدستورية يقينياً قاطعاً بغير أية شكوك أو تأويلات قد تلابسه، وهذا يعنى أن الشك فى أمر دستورية النصوص المطعون بعدم دستوريتها يفسر لصالح قرينة دستورية هذه النصوص، وكما قضت محكمة القضاء الإدارى فى مصر، فإنه عند الشك فى دستورية القانون فإن إعماله خير من إهماله[1].

وقياساً على الطعون بمراجعة القرارات الإدارية ومن ثم طلب إلغائها لعدم مشروعيتها، وهى طعون لا تؤدى بذاتها إلى وقف سريان وتنفيذ هذه القرارات، تأسيساً على تمتعها بقرينة المشروعية، إلى أن يحكم القضاء المختص بعدم مشروعيتها وبالتالى إبطالها أو إلغائها، فالقاعدة بصدد القوانين المطعون بعدم دستوريتها أنه لا يترتب على الطعن بعدم دستورية أى نص تشريعى وقف نفاذه أو سريانه أو تعطيل العمل بأحكامه، وإنما يظل معمولاً به، قابلاً للتطبيق برغم الطعن عليه، إلى أن تبطله المحكمة الدستورية المختصة إذا تبينت مخالفته للقواعد الدستورية.

---

(١) حكمها فى ١٩٥٦/٦/٢٤ قضية ١٦٣٠ لسنة ٩ق، المجموعة السنة ١٠ ص ٣٦٦.

وقد أقرت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ حيث قضت بأن "الأصل فى النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها متراخياً، بل يكون إنفاذها – اعتباراً من تاريخ العمل بها – لازماً. ولا يجوز بالتالى أن يكون مجرد الطعن عليها موقفاً لأحكامها، أو مانعاً من فرضها على المخاطبين بها، ذلك ان إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية إذا ما قام الدليل لديها على مخالفتها للدستور، فإن هى انتهت إلى براءتها من العيوب الشكلية والموضوعية، كان ذلك استصحاباً لأصل صحتها لتزول الشبهة التى كانت عالقة بها. ولازم ذلك أن النصوص التشريعية التى لا تبطلها المحكمة الدستورية لا يجوز بحال وقف تنفيذها، بل يجب إعمال آثارها كاملة دون انقطاع بوقف سريانها، وإلا عد ذلك عدواناً على الولاية التى أثبتها الدستور للسلطة التشريعية، وإسباغاً لاختصاص منتحل على المحكمة الدستورية العليا التى لم يخولها الدستور عين الولاية العامة التى يباشرها المجلس النيابى فى مجال سلطة التقدير والتقرير" [1].

ولما كان قانون تنظيم المحكمة الدستورية العليا لم يورد أى استثناء على هذه القاعدة خلافاً لقانون تنظيم جهة القضاء الإدارى فى مصر – أى مجلس الدولة – الذى أجاز طلب وقف تنفيذ القرار الإدارى المطعون فيه بالإلغاء إذ توافرت حالة الاستعجال وقام الطلب على أساس من الجدية ترجح إلغائه عند نظر موضوع الطعن، فمن المستقر فقهاً وقضاءً فى مصر عدم جواز طلب وقف تنفيذ القانون أو النص التشريعى المطعون بعدم الدستورية وعدم جواز الاستجابة لمثل هذا الطلب إذا تم تقديمه تمسكاً بقرينة الدستورية وفقاً لما سبق بيانه.

غير أن جانب من الفقه ذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع من تدخل المشرع لإقامة نظام لوقف تنفيذ النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته لحين

---

(١) حكمها فى ١٩٩٤/٥/٧ قضية ٦ لسنة ١٢ ق. منازعة تنفيذ.

الفصل فى الدعوى الدستورية، وذلك للحد من أحوال تطبيقه بقدر المستطاع خلال هذه الفترة، ولا يحتج على ذلك بأن وقف التنفيذ فيه افتئات من القاضى الدستورى على المشرع، لأن سلطة الوقف هنا – كحالها أمام القاضى الإدارى – مشتقة من سلطة الإلغاء، وإذا كانت اللوائح لا يستعصى وقف تنفيذها أمام القاضى الإدارى، رغم تماثلها والقانون فى سعة التطبيقات وعموم الآثار، فلماذا تمتنع هذه الإمكانية أمام القاضى الدستورى؟ وهل يستساغ وقف تنفيذ اللائحة لعيوب المشروعية العادية، ويمتنع ذلك للعيوب الأكثر جسامة وهى العيوب الدستورية؟، كما أن الإلغاء – وهو الدرجة القصوى للنيل من النص – إن كان لا يعد افتئاتاً على المشرع، فمن باب أولى لا يعد كذلك الأقل منه درجة، وإيقاف التنفيذ هنا حال تقريره لن يكون بطبيعة الحال إلا بشروط قصوى ومشددة تقيد الضرورة بقدرها وفى إطار مصلحة عامة مستهدفة تحجيم آثار السريان الرجعى لأحكام عدم الدستورية، بتحجيم تطبيقات النص المطعون فيه خلال فترة الإيقاف[1].

وفى تقديرنا أن هذا الفقه جدير بالاعتبار، ونرى أنه لا مانع من الأخذ به ولكن فقط فى حالة إقرار المشرع لطريق الدعوى الأصلية للرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وتحديد مدة زمنية قصيرة نسبياً لرفع الدعوى فى حدود ستين يوماً على الأكثر، وذلك محافظة على الاستقرار فى الحقوق والمعاملات من خلال تحجيم تطبيقات النص المطعون فى دستوريته خلال فترة الإيقاف أثناء نظر الدعوى الدستورية، خاصة وأنه ليس من السائغ بحق أن يكون الأمر بالنسبة إلى اللوائح جواز وقف تنفيذها لمجرد الطعن بعدم مشروعيتها بالمطابقة إلى القوانين العادية، ثم يمتنع ذات الأمر فى حالة الطعن بعدم دستوريتها، وهى قمة المخالفة لمبدأ سيادة القانون.

---

(١) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق ص ١٧٠ وص ١٧١ (هامش ١).

المبحث الثانى

تنظيم الرقابة على مشروعية اللوائح

حرص المشرع فى فرنسا ومصر على إخضاع أعمال الإدارة للرقابة القضائية على مشروعيتها، وتنظيم هذه الرقابة على نحو يكفل رقابة فعالة وحاسمة فى مواجهة الأعمال المخالفة للمشروعية.

فقد حذت مصر حذو فرنسا فى هذا الصدد، فأنشأت جهة قضائية متخصصة فى نظر المنازعات الإدارية، والتى يدخل ضمنها فحص مشروعية أعمال الإدارة، ويطلق عليها "القضاء الإدارى" وذلك إلى جوار جهة القضاء الأخرى التى تختص بنظر منازعات الأفراد.

ويترتب على ذلك أن القضاء الإدارى فى مصر وفرنسا يختص بفحص مشروعية كافة الأعمال الإدارية سواء كانت من الأعمال المادية أم الأعمال القانونية (القرارات الإدارية والعقود الإدارية) والتعويض عن الأضرار الناجمة عنها.

غير أنه يتعين ملاحظة أنه بصدد فحص مشروعية اللوائح بمطابقتها للقواعد الدستورية، وبمعنى أدق بصدد فحص دستورية اللوائح، فإن الاختصاص بذلك ينعقد فى مصر للمحكمة الدستورية العليا دون غيرها من المحاكم الأخرى وذلك وفقاً للدستور المصرى لعام ١٩٧١[(١)].

أما فحص مشروعية اللوائح بمطابقتها للقواعد التشريعية الأعلى، فإن مجلس الدولة بمحاكمه القضائية المتعددة هو وحده المختص بالفصل فى المنازعات الإدارية طبقاً لنص المادة ١٧٢ من هذا الدستور والمواد ١٥ من

---

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٨٥/١/١٥ قضية ٤٠ لسنة ٥ق دستورية – الجريدة الرسمية السنة ٢٨ – عدد ٤ – فى ١٩٨٥/١/٢٤ – ص ٢٠٦، وحكمها فى ١٩٨٥/٢/١٦ قضية ٦٧ لسنة ٦ق دستورية، الجريدة الرسمية السنة ٢٨ – عدد ١٠ فى ١٩٨٥/٣/٧.

قانون السلطة القضائية ٤٦ لسنة ١٩٧٢، و ١٠ من قانون تنظيم مجلس الدولة ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

ولما كانت الدعاوى المتعلقة باللوائح من الدعاوى التى تدخل ضمن "المنازعات الإدارية" التى اختص بها مجلس الدولة، فإن القاعدة العامة فى الاختصاص بفحص شرعية اللوائح أنها تدخل فى اختصاص مجلس الدولة، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ أن للمحاكم القضائية العادية فى أحوال معينة أن تقوم بفحص شرعية اللوائح، وفى هذا الصدد يمكننا أن نميز بين وسيلتين لفحص شرعية اللوائح:

الوسيلة الأولى ـ دعوى الإلغاء:

ويختص بنظر هذه الدعوى القضاء الإدارى فقط دون المحاكم العادية وذلك طبقاً لنص المادة ١٠ من قانون تنظيم مجلس الدولة سالف الإشارة، فهى تنص فى فقرتها الخامسة على "الطلبات التى يقدمها الأفراد أو الهيئات بالغاء القرارات الإدارية النهائية".

وتختص محكمة القضاء الإدارى وحدها بنظر الطعون المنصوص عليها فى هذه الفقرة مع جواز الطعن فى أحكامها أمام المحكمة الإدارية العليا، ومن ثم يمكن لأى فرد أو هيئة ذات شخصية معنوية الطعن فى اللائحة التى تمس مصلحة له إذا ما شابها أى عيب من العيوب التى تلحق القرارات الإدارية.

وبالتالى فإذا لحق اللائحة عيب فى الاختصاص أو فى الشكل والإجراءات أو مخالفة القوانين بمعناها الواسع أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو عيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها أو عيب السبب، فإن اللائحة فى هذه الحالة تكون محلاً للإلغاء[1].

---

(١) لم تخضع اللوائح فى فرنسا فيما مضى لدعوى الالغاء باعتبارها سلطة تقديرية للإدارة على أساس نظريتى التفويض التشريعى والدعوى الموازية، ولكنها بفضل مبدأ المشروعية خضعت بعد ذلك لدعوى الإلغاء. DOUENCE, op. cit., p. 407 – 408.

ولما كان ميعاد رفع الدعوى هو ستون يوماً (شهرين فى فرنسا)، فإنه يترتب على مرور هذه المدة دون أن تكون هناك إحدى حالات امتداد هذا الميعاد بوقفه أو انقطاعه، أن تتحصن اللائحة ولا تقبل الدعوى التى ترفع ضدها بالإلغاء بعد انقضاء هذا الميعاد، ويعد عدم القبول هذا من النظام العام[1].

الوسيلة الثانية ـ الدفع بعدم الشرعية:

يمكن الطعن ضد اللائحة غير الشرعية والتى تحصنت بفوات ميعاد الطعن وذلك عند صدور قرارات تنفيذية تطبيقاً لها، إذ يمكن الطعن فى هذه القرارات على أساس عدم شرعية اللائحة التى تستند إليها، فحينئذ يتصدى القضاء الإدارى، باعتباره مختصاً بالمنازعات الإدارية المتعلقة بالقرارات الصادرة تنفيذاً للائحة، لفحص شرعية هذه اللائحة باعتبارها مسألة أولية Question préalable فإذا ثبت له عدم شرعيتها ألغى القرار التنفيذى مع بقاء اللائحة. ولكن هناك صورة أخرى للدفع بعدم الشرعية أثارت جدلاً طويلاً فى فرنسا، وذلك فى حالة إذا ما خالف أحد الأفراد لائحة يراها معيبة رغم أنها تحصنت بفوات مدة الطعن فيها بالالغاء، وقدم للمحكمة من أجل هذه المخالفة، فهنا يكون للفرد أن يطلب من القضاء الامتناع عن تطبيقها استناداً إلى كونها غير مشروعة، فهل يعد الدفع فى هذه الحالة مسألة أولية يفصل فيها القاضى بنفسه (وهو فى هذه الحالة القاضى العادى)[2] أم يعتبرها مسألة مبدئية

---

(١) مع ملاحظة أنه يمكن الطعن بالإلغاء مباشرةً فى لائحة تحصنت بمضى ميعاد الطعن وذلك فى حالة صدور تشريع يعدل من الأساس الذى ارتكزت عليه اللائحة بحيث يصبح بقاؤها أمراً غير شرعى، فيمكن الطعن ضدها خلال ٦٠ يوماً من صدور التشريع.
الأستاذ الدكتور كامل ليلة: مرجعه السابق فى الرقابة القضائية، ص ١٠٨٤، الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى مرجعه الوجيز فى القضاء الإدارى ١٩٧٠ ص ٤٢٤، حيث أضاف لما سبق حالتى تغير الظروف المادية التى أدت إلى صدور اللائحة، حالة تغير القضاء كذلك.

C. E. 23 Nov. 1951, Maroin Rouski, S. 1954. 3. 86.

(٢) أما إذا كانت المسألة معروضة على قاضى إدارى فلا شك فى أنه يكون مختصاً بها كمسألة أولية وليست مبدئية.

C.E. 4 juille. 1952, Commune de Rochereau, R.D.P. 1953. 725, note waline

Question préjudicielle ليست من اختصاصه بحيث يجب عليه أن يوقف الدعوى ويحول المسألة إلى القاضى المختص وهو القاضى الإدارى؟.

وقد استقر الأمر فى فرنسا على اختصاص القضاء الجنائى بفحص شرعية كافة أنواع اللوائح التى يراد تطبيقها على الدعاوى المنظورة أمامه، أما بالنسبة للقاضى المدنى فإذا عرضت عليه مسالة مبدئية تتعلق بالدفع بعدم شرعية لائحة، فإنه يحيل طلب فحص الشرعية إلى القاضى الإدارى المختص والذى يكون فى غالب الأحيان هو قاضى الإلغاء.

وليس للقاضى الإدارى الذى يقوم بفحص شرعية اللائحة فى هذه الحالة أن يبحث فيما إذا كانت إحالة الموضوع إليه قد تمت بطريقة قانونية سليمة أم لا؟ فمثلاً إذا رفض القاضى الجنائى طلب فحص شرعية لائحة وأحاله إلى القاضى الإدارى، فليس لهذا الأخير أن يعترض على الإحالة بحجة أنها غير قانونية لاختصاص القضاء الجنائى بفحص شرعية اللوائح بصفة عامة، ومن ثم يرفض فحص شرعيتها، إذ ليس للقاضى الإدارى أن يراقب أخطاء القضاء العادى المدنى أو الجنائى، وعليه أن يلبى الطلب ويفحص شرعية اللائحة المحالة إليه ويقرر ما يراه بشأنها ويبعث برأيه إلى المحكمة التى جرت الإحالة منها[1].

أما فى مصر فإن مشكلة الدفع بعدم الشرعية لا وجود لها فى تقدير جانب من الفقه، إذ أن القضاء الإدارى المصرى، على خلاف القضاء الفرنسى، لا يعرف سوى قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، ومن ثم فإنه لا يشمل قضاء فحص الشرعية المجرد عن منازعة معروضة عليه للفصل فيها، ومعنى ذلك أن القضاء الإدارى له أن يتناول اللوائح بفحص شرعيتها عندما يثار الأمر فى منازعات مطروحة أمامه بالالغاء أو التعويض، كما أن للقضاء العادى حق

(1) C. E. 28/4/1961, Di Nezza et Dame Estellon, L. 262.

تقدير شرعية اللوائح عندما تثار هذه المسائل خلال منازعات معروضة عليه وتدخل فى اختصاصه[1].

بيد أنه إذا كان لهذا الرأى جانب من الصحة فى ظل قوانين تنظيم مجلس الدولة السابقة على صدور دستور ١٩٧١، فإن الأمر لابد وأن يختلف فى ظل تمتع محاكم مجلس الدولة المصرى بالولاية العامة فى المنازعات الإدارية، وفقاً للمادة ١٧٢ من هذا الدستور حتى بعد وقف إعماله، وذلك استناداً إلى قانون تنظيم مجلس الدولة الحالى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، الذى نزل على حكم الدستور وأقر لمجلس الدولة الولاية العامة فى المنازعات الإدارية فى المادة العاشرة منه.

ففى تقديرنا أن مقتضى تمتع محاكم القضاء الإدارى بالولاية العامة فى المنازعات الإدارية، أن يكون لهذه المحاكم دون غيرها سلطة الفصل فى المنازعات الإدارية، ما لم يوجد نص خاص بخلاف ذلك، استثناء من هذه الولاية العامة. وعليه فإنه إذا طرحت دعوى أمام جهة القضاء العادى، وكان الفصل فى هذه الدعوى يستلزم أولاً البت فى مسألة تدخل بطبيعتها فى طائفة المنازعات الإدارية، فإنه يتعين على القاضى – ما لم يكن هناك نص خاص يقضى باختصاصه بالفصل فى هذه المسألة – أن يوقف نظر الدعوى لإحالة هذه المسألة للقضاء الإدارى ليفصل فيها بوصفها من المسائل المبدئية[2].

يؤيد ذلك أن المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية الحالى رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، والذى تخضع له المحاكم العادية، تنص صراحة على أنه "فيما عدا المنازعات الإدارية التى يختص بها مجلس الدولة، تختص المحاكم (العادية) بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص". كما أن المادة ١٦ من ذات القانون تنص صراحة على أنه إذا دفعت قضية مرفوعة أمام

(١) الأستاذ الدكتور كامل ليلة: القضاء الإدارى سالف الذكر ص ٨٤٥.
(٢) راجع فى تفاصيل هذا الرأى مؤلفنا: المنازعات الإدارية – ١٩٨٤ – ص ٢٠، ٢١.

المحكمة (العادية) بدفع يثير نزاعاً تختص بالفصل فيه جهة قضاء أخرى، وجب على المحكمة إذا رأت ضرورة الفصل فى الدفع قبل الحكم فى موضوع الدعوى أن توقفها وتحدد للخصم الموجه إليه الدفع ميعاداً يستصدر فيه حكماً نهائياً من الجهة المختصة، فإن لم تر لزوماً لذلك أغفلت الدفع وحكمت فى موضوع الدعوى.

وإذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى الدفع فى المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها".

والمادة ١٧ من نفس القانون وهى ثالث المواد التى تحدد ولاية المحاكم العادية تقضى بأن للمحاكم "... دون أن تؤول الأمر الإدارى أو توقف تنفيذه أن تفصل **فى المنازعات المدنية والتجارية** التى تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة ...".

وهكذا يستفاد من النصوص المتقدمة بوضوح بالغ فى تقديرنا، عدم اختصاص المحاكم العادية بالفصل فى المنازعات الإدارية (م ١٥)، ولو تمثلت المنازعة فى صورة دفع (م ١٦)، حيث يعتبر هذا الدفع من المسائل المبدئية ما دام يدخل فى اختصاص جهة قضاء أخرى، وحتى إذا ثارت منازعة مدنية أو تجارية بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة، فليس للمحاكم العادية أن تؤول الأمر الإدارى (م ١٧) وهو ما يعنى عدم اختصاص هذه المحاكم بتفسير القرارات الإدارية.

وعليه فإن الدفع أمام القضاء العادى بعدم مشروعية لائحة إدارية يعد من الدفوع المبدئية التى لا يختص بها قاضى الدعوى باعتباره قاضى الدفع أيضاً، وإنما يلزم إحالتها إلى القاضى المختص للفصل فيها وهو فى هذه الحالة القضاء الإدارى، وهو وضع يماثل تماماً الدفع بعدم دستورية اللائحة، حيث لا

يجوز لغير القضاء الدستورى، أى المحكمة الدستورية العليا، الفصل فيه بوصفة من المسائل المبدئية[1].

(1) راجع فى ذلك الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد: الدستور المصرى ورقابة دستورية القوانين – ١٩٨٥ – ص ٤٩٠ وما بعدها.

خاتمة

إذا كان مبدأ المشروعية أو سيادة القانون، هو الأساس الأول فى التمييز بين الدولة القانونية وغيرها من الدول الاستبدادية أو البوليسية، فإن هذا المبدأ لا معنى ولا مضمون حقيقى له ما لم يؤد إلى تقرير تدرج القواعد القانونية، حتى نكفل فعلاً وقولاً سيادة القانون على الأفراد والسلطات العامة فى آن واحد.

ولذلك فإنه أصبح من المسلمات أن تدرج القواعد القانونية هو أهم مقتضيات وأول متطلبات الأخذ بمبدأ المشروعية فى الدول القانونية، وذلك إزاء تعدد المصادر الرسمية للقانون فى هذه الدول، مما يحتم ترتيب القواعد القانونية فيها، بحيث تتدرج القوة الإلزامية لهذه القواعد فى مراتب متعددة، تتحدد وفقاً لطبيعة القواعد القانونية ومصدرها، تأسيساً على المعيار الشكلى السائد فى هذا الشأن.

وتدرج القواعد القانونية يختلف عن تدرج الأعمال القانونية الذى يشمل إلى جانب قواعد القانون العامة المجردة، الأعمال القانونية الأخرى مثل العقود والمعاهدات وأحكام القضاء والقرارات الإدارية الفردية[1]. كما أنه يختلف كذلك

---

(١) وننوه فى هذا الصدد إلى ماسبق لنا الإشارة إليه من عدم الاعتداد بما يسمى بالإعلانات الدستورية باعتبارها من الأعمال القانونية، إذ تعتبر عندنا من الأعمال المادية غير المشروعة، ومع ذلك يلزم علينا الاعتراف بأن الواقع فى الحالات التى تصدر فيها مثل هذه الإعلانات يتغلب على القانون ويفرض منطقه على الجميع من سلطات وأفراد، ومن هنا نجد أنه بمناسبة قيام الثورة المصرية فى ٢٠١١/١/٢٥ وبعد انتهائها فى ٢٠١١/٢/١١، تم وقف العمل بالدستور القائم (دستور ١٩٧١) بتاريخ ٢٠١١/٢/١٣ دون إسقاطه أو إلغائه أو إستبداله، بموجب إعلان دستورى صادر عن المجلس الأعلى للقوات المسلحة الذى خوله الرئيس السابق مهمة إدارة شئون البلاد بالمخالفة الصريحة والجسيمة لدستور ١٩٧١ الذى كان سارياً ونافذاً فى ٢٠١١/٢/١١، ومع أنه فى ٢٠١١/٣/١٩ تم إجراء استفتاء شعبى على تعديل هذا الدستور ووافق عليه غالبية الناخبين من الشعب، مما مقتضاه بالضرورة استدعاء دستور ١٩٧١ للإعمال من جديد، معدلاً بما وافقت عليه الإرادة الشعبية فى هذا الاستفتاء، إلا أن السلطة القائمة=

عن تدرج التشريعات (أو النصوص) الذى يقتصر على القواعد القانونية المشرعة "المكتوبة" دون غيرها من القواعد القانونية الأخرى غير المقننة.

والواقع أن تدرج التشريعات لا يثير كثيراً من المشاكل، حيث لا خلاف فى احتلال القواعد الدستورية القمة فى هذا التدرج، ومن بعدها تأتى القواعد التشريعية، وأخيراً القواعد اللائحية ما لم تكن قد صدرت وفقاً لنظرية الضرورة، إذ يكون للائحة فى هذه الحالة الأخيرة قوة القانون.

وعلى النقيض من ذلك فإن تحديد المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية غير المقننة أو غير المشرعة، هو أمر يحتدم فيه الخلاف والجدل فقهاً وقضاءً.

فبالنسبة للعرف، فهو تعبير عن إرادة أفراد الشعب أو السلطات العامة، ومن هنا يثور التساؤل عن مدى شرعية هذا العرف وخاصة إذا كان معدلاً لقواعد تشريعية منصوص عليها فى القوانين.

وقد انتهينا إلى أن العرف المفسر إنما يلحق بالنص محل التفسير ويحوز بالتالى مرتبته الإلزامية، كما أن العرف المكمل للنقص فى التشريع هو من القواعد القانونية الملزمة، وهو فى واقع الأمر لا يثير مشكلة بشأن تحديد مرتبته الإلزامية بالنظر إلى ما يعلوه من قواعد قانونية أخرى، إذ أنه يفترض فى هذه الحالة أنه لا توجد قواعد تشريعية فى ذات موضوعه، ومن ثم فإن تحديد مرتبته الإلزامية بأنها مرتبة القانون أو أقل من ذلك، لن يترتب عليها أية مشاكل عملية حيث تنعدم احتمالات التعارض بينه وبين النصوص التشريعية.

=فى ذلك الوقت (المجلس الأعلى للقوات المسلحة) رفضت التسليم بذلك، وقامت بإصدار وتطبيق ما يسمى بالإعلان الدستورى فى ٢٠١١/٣/٣٠ والذى ظل سارياً بعد تعديله أكثر من مرة حتى اليوم وإلى أن يتم وضع الدستور الجديد المزمع استفتاء الشعب عليه للحصول على موافقته، ومن ثم نفاذه وسريانه بدلاً من هذا الإعلان. وقد أدى هذا الواقع إلى إعمال القضاء وخاصة المحكمة الدستورية العليا لأحكام ذلك الإعلان باعتباره قيداً على السلطات العامة فى الدولة درءاً لواقع الفراغ الدستورى طوال هذه المرحلة.

وعلى العكس فإن العرف المعدل للنصوص التشريعية، هو فى الرأى الراجح لدينا أمر غير مشروع، إذ لا يجوز للأفراد أو للسلطات العامة مخالفة هذه النصوص بحجة تكوين قواعد عرفية جديدة وإلا أدى ذلك إلى انهيار مبدأ المشروعية تماماً وعدم الالتزام بسيادة القانون، ومن هنا حددنا مرتبة العرف بأنه أقل مرتبة من النصوص المكتوبة، أى أنه يلى القواعد اللائحية، وذلك حتى نضمن عدم الاعتراف بصورة "العرف المعدل".

أما بالنسبة للمبادئ العامة للقانون، فإن تحديد مرتبتها الإلزامية هو الأمر الذى ما زال الخلاف بشأنه محتدماً فقهاً وقضاءً. والواقع أن تطبيق المبادئ العامة للقانون كقواعد قانونية ملزمة لا يثور إلا فى حالتين: الأولى هى حالة عدم وجود نص تشريعى، وفى هذه الحالة فإن تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة بقوة القانون أو فى مرتبة أعلى أو أدنى منه، لن تثير عملاً أية مشكلة بالنظر لغياب النص التشريعى الذى تتحدد بالنسبة له القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون، حيث يكون المبدأ العام فى مثل هذه الأحوال هو مصدر الحل القانونى الوحيد الواجب التطبيق.

والحالة الأخرى هى حالة وجود تعارض بين نص تشريعى وأحد المبادئ العامة للقانون، وهنا يلزم إزالة هذا التعارض بتحديد أيهما أعلى مرتبة من حيث القوة الإلزامية.

وقد انتهينا فى هذا البحث إلى ضرورة الاعتراف للمبادئ العامة للقانون بمرتبة إلزامية تعلو القوانين، وفى هذا الصدد فإننا لا نرى مبرراً لاعتناق غالبية الفقه المصرى للرأى الغالب فقهاً فى فرنسا، بتحديد القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون بقوة القانون فحسب، بحيث يمكن للمشرع أن يخالف بنصوصه التشريعية هذه المبادئ.

فالذى يبدو لنا أن هذا الاتجاه السائد فى فرنسا مبعثه أن القضاء الفرنسى يرفض الاعتراف بحقه فى الرقابة على دستورية القوانين، ومن ثم

فإنه إذا أقر للمبادئ العامة بقوة الدستور فلن يفيده ذلك فى شئ إذ لن يستطيع فرض احترامها على المشرع كما هو الحال بالنسبة للدستور، فهو قاضى مشروعية فقط وليس قضاءً دستورياً، ولكنه حرصاً على مقتضيات مبدأ المشروعية، وحماية للحقوق والحريات العامة، ولمواجهة احتمالات عسف السلطة الإدارية على الأخص، فإنه يعترف للمبادئ العامة بقوة القانون لضمان عدم مخالفة الإدارة لها وذلك بإخضاع أعمالها لرقابته الفعالة ومطابقتها لهذه المبادئ علاوة على القوانين والتشريعات.

أما بالنسبة للقانون فإن القضاء الفرنسى يجتهد دائماً عند وقوع التعارض بينه وبين المبادئ العامة فى إزالة هذا التعارض بشتى طرق التفسير المعروفة بما لا يؤدى إلى إهدار المبادئ العامة، بل وتغليبها على النصوص التشريعية إذا لم يكن هناك مفر من ذلك، على نحو ما أشرنا.

ولذلك فإننا نرى أنه إذ يختلف النظام القانونى فى مصر عن مثيله الفرنسى، وحيث يوجد لدينا قضاء دستورى يتولى الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، فإنه يلزم الاعتراف بحقيقة أن المبادئ العامة للقانون هى أعلى مرتبة من حيث القوة الإلزامية من القواعد التشريعية وبالتالى من القواعد اللائحية، وذلك فى تدرج القواعد القانونية.

ولعل أهم باعث لدينا، والدافع الأول الذى يدعونا إلى التمسك والتأكيد على تمتع المبادئ العامة للقانون، بمرتبة إلزامية أعلى من القانون، هو أننا نرى أن هذه المبادئ تضم بالنسبة لمصر مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء.

فلا ريب فى أن تدخل المشرع الدستورى فى مصر بتقرير أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى "المصدر الرئيسى للتشريع" كان له أثره البالغ فى تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون.

فقد استقرت الجهات القضائية المختلفة فى مصر، أى القضاء العادى والقضاء الإدارى والقضاء الدستورى، على أن من شأن هذا النص التزام

السلطة التشريعية – مستقبلاً على الأقل – بمبادئ الشريعة الإسلامية، بحيث لا يجوز للمشرع إقرار أية نصوص تشريعية من شأنها مخالفة هذه المبادئ، وهو ما يعنى أن لهذه المبادئ قوة إلزامية تعلو قوة القواعد التشريعية وما يليها من قواعد قانونية أخرى.

ولذلك فإن الاعتراف بأن للمبادئ العامة للقانون، بما تضمه من مبادئ الشريعة الإسلامية، مرتبة إلزامية تعلو القوانين هو أمر حتمى يتفق مع إرادة المشرع الدستورى فى مصر، ومع التفسير الصحيح لنص المادة الثانية من الدستور حالياً، والذى يعنى أن مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها القطعية قد غدت من المصادر الرسمية للقانون، وهو ما لا يتأتى إلا باعتبارها من المبادئ العامة للقانون فى مصر.

وعلى الرغم من نبل الآراء الفقهية التى ترى أن مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء "تقيد حتى المشرع الدستورى، وأنها تقيد الشعب وهو يزاول السلطة التأسيسية الأصلية، وفى ظل هذا الوضع وحده يوجد ما هو أعلى قدراً من الدستور: مبادئ الشريعة الإسلامية ..." (١). فإننا نرى أنه من الصعب أن يرد على السلطة التأسيسية فى أى دولة قيود تحد من رغبتها فى تحديد الأسس والمقومات الفكرية والعقائدية التى يقوم عليها المجتمع.

صحيح أنه عملاً فى الدول الإسلامية، حيث الأكثرية الساحقة من سكانها يدينون بالإسلام، يكون من غير المتصور أن يرد بدستور مثل هذه الدولة أحكاماً تخالف النصوص القطعية فى القرآن والسنة الصحيحة، إلا أنه من الناحية النظرية البحتة، قد يحدث تطور فى تكوين السلطة التأسيسية لهذه الدولة مما ينفى عنها صفة الدولة الإسلامية، فيعتذر فى مثل هذه الحالة التأكيد على علو مبادئ الشريعة الإسلامية لدستور تلك الدولة.

---

(١) الأستاذ الدكتور مصطفى ابو زيد فهمى: الدستور المصرى سالف الإشارة – ص ٥١٢.

ومن هنا اتجهنا إلى اعتبار أن المبادئ العامة للقانون، بما تضمه من مبادئ الشريعة الإسلامية، لا تصل قوتها الإلزامية إلى مرتبة الدستور، وإنما هي تتوسط المكانة بين القانون والدستور. يؤيد ذلك أنه حتى في الدولة الإسلامية فإن السيادة في هذه الدولة هي للشعب "والشعب وحده، فهو الذى يملك السلطة العليا التى لا تفوقها ولا تعادلها قوة أخرى داخل الدولة، وهو وحده الذى يملك السلطة التأسيسية الأصلية، سلطة وضع الدستور، وهو الذى يملك أن يراقب الحكام فى السلطات الثلاث: التنفيذية والتشريعية والقضائية"[1].

وعليه فقد انتهينا فى بحثنا هذا إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية وإن كانت فى الأصل من المصادر الموضوعية للتشريع، إلا أنها غدت – وعلى الأخص اعتباراً من تاريخ التعديل الدستورى للمادة الثانية من دستور ١٩٧١ – من المصادر الرسمية للقانون بوصفها من المبادئ العامة للقانون، التى تحتل مرتبة إلزامية تلى الدستور وتسبق القواعد التشريعية، مما يعنى التزام كافة السلطات العامة المنشأة فى الدولة بأحكامها، مع الإقرار بحق السلطة التأسيسية فى تقرير مدى الأخذ بهذه المبادئ والالتزام بأحكامها.

وقد حرصنا فى هذا البحث على إيضاح أن المقصود بالشريعة الإسلامية الملزمة للسلطات العامة، إنما تتمثل فى الرأى الراجح لدينا فى الأحكام والمبادئ القطعية الواردة فى القرآن والسنة دون غيرها مما يعتبره الفقه من مصادر للشريعة الإسلامية مثل الإجماع والقياس، والتى لا نراها سوى مصادر للتشريع فى الدولة الإسلامية، أو هى كما يراها البعض من مصادر الفقه الإسلامى وليست من مصادر الشريعة الإسلامية ذاتها.

ولعل فى تمسكنا بهذا الرأى ما يؤكد أن الشريعة الإسلامية الغراء صالحة لكل الناس فى كل زمان ومكان، لسبب وحيد أساسى وهو أنها من لدن

(١) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد: النظرية العامة للدولة – الطبعة الأولى ١٩٨٥ – ص ٣١٢.

رب العالمين، وذلك على خلاف الأحكام والمبادئ المستقاة من غير الكتاب والسنة، والتى تمثل اجتهاد أهل الاجتهاد فى العصور السالفة، والتى هى فى النهاية عمل بشرى يقبل الصواب والخطأ.

كما حرصنا فى هذا البحث على تحديد أهم النتائج المترتبة على تدرج القواعد القانونية، والتى تتمثل فى بطلان كل قاعدة قانونية تخالف ما يعلوها من قواعد قانونية أخرى فى هذا التدرج، وهو ما يعنى بطلان القواعد التشريعية المخالفة للمبادئ العامة للقانون أو للدستور، وبطلان القواعد اللائحية المخالفة للقواعد التشريعية أو للمبادئ العامة للقانون أو للدستور.

ولا شك فى أن الضمانة الرئيسية التى تكفل تحقيق هذه النتائج إنما تتمثل فى تنظيم رقابة فعالة على دستورية القوانين ومشروعية اللوائح وهو الأمر الذى يكفل كل ما انتهينا إليه فى دراستنا لهذا الموضوع.

وفى النهاية، فإننى إذا أنهى هذا البحث على ما انتهى إليه فإننى أسأل الله سبحانه وتعالى أن يتقبل منى هذا العمل بحسن الجزاء، فليس علينا سوى بذل غاية الجهد، دون انتظار لنتائج معينة، ومن ثم فإننى اختتم هذا البحث بقوله تعالى **"وما توفيقى إلا بالله. وعليه توكلت وإليه أنيب"**. صدق الله العظيم.

محتويات الكتاب

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

رقم الإيداع	٢٠١٢/٢٢٥٥٩
الترقيم الدولى	I.S.B.N
978-977-6410-56-5	

دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ شارع سوتير ـ الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٤٨٦٨٠٩٩
E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com info@darggalex.com



دار الجامعة الجديدة
٣٨-٤٠ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية
تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٣ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩
Email.darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com info@darggalex.com